
UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE L'INTENTION

EN

DROIT PÉNAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 24 Janvier, à 1 heure 1/2

PAR

RENÉ GRIFFON

Président : M. LE POITTEVIN.

Suffragants { MM. GARÇON } *professeurs.*
 { TISSIER }

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1911

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE L'INTENTION

EN

DROIT PÉNAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 24 Janvier, à 1 heure 1/2

PAR

RENE GRIFFON



Président : M. LE POITTEVIN.

Suffragants { MM. GARÇON } professeurs.
TISSIER }

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1911

Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE L'INTENTION EN DROIT PÉNAL

INTRODUCTION

A l'inverse du droit civil, le droit pénal tend de plus en plus à accorder une importance décisive dans les différents délits, à la considération des éléments subjectifs, celle des éléments matériels passant au second plan. C'est le délinquant, sa mentalité, son individualité psycho-physiologique qui sont avant tout, l'objet des recherches actuelles des criminalistes : « Le criminaliste psychologise de plus en plus » pour nous servir de l'heureuse formule de M. Garraud (1). En dehors même de l'école italienne où cette tendance s'est manifestée avec le plus de vigueur les criminalistes les plus conservateurs insistent sur l'importance que doivent avoir les mobiles qui ont présidé à l'exécution de l'acte criminel, le caractère de délinquant primaire de l'auteur d'une infraction pénale, etc. (2).

Cependant, malgré l'abondance de la littérature récente

(1) Discours prononcé au Congrès de l'Union internationale de droit pénal de Saint-Petersbourg. — *Bulletin de l'Union*, t. XI, p. 101.

(2) V. la préface de M. Garçon à la traduction française du code norvégien par Dumonceau, p. 14.

sur les éléments psychologiques du délit il en est un qui semble n'avoir pas attiré (au moins en France), l'attention des divers écrivains ; c'est pourtant celui dont l'importance est la plus grande et la moins contestée, le seul qui jusqu'à notre époque ait été pris en considération par les législations positives et cela, presque depuis l'origine du droit pénal. Pourtant on ne peut attribuer comme cause à ce silence le fait que le sujet serait épuisé : quelques indications le plus souvent fausses, en tous cas incomplètes dans les ouvrages généraux voilà si l'on en excepte quelques notes de M. Villey et les développements de M. Garçon tout ce que la littérature française comporte sur ce sujet. Faut-il attribuer ce silence au peu d'intérêt que comporterait pour le droit pénal la considération de l'intention ? Nous ne le croyons pas non plus et nous essaierons de le montrer après qu'un rapide examen du développement historique de cette notion et l'exposé des doctrines récentes nous aura permis d'indiquer notre conception de la nature et de l'importance de l'intention.

PREMIÈRE PARTIE

Développement de la notion d'intention jusqu'au milieu du XIX^e siècle

1. — Les Temps anciens

Aux époques primitives, le droit pénal se résume en une réaction violente contre l'auteur du mal subi, sans considération de la façon dont celui-ci a causé ce dommage : peu importe que ce soit par méchanceté, par suite d'inattention, ou même par un pur hasard : « La douleur gouverne souverainement le sentiment juridique de l'homme de la nature, l'injustice est appréciée non d'après sa *cause*, mais d'après son effet ; non d'après des circonstances qui ont leur siège dans la personne de *l'auteur*, mais uniquement au point de vue du *lésé*... Lorsque la passion est excitée il n'importe guère que ce soit l'intention ou la négligence, ou même le hasard qui aient conduit la main qui a causé le mal (1). »

(1) Von Ihering, *De la faute en droit privé*. Trad. Meulenaere, p. 10.

Même de nos jours certaines peuplades nous offrent le tableau d'un droit pénal qui n'a pas dépassé ce stade ; l'homicide en particulier donne toujours lieu à la vengeance même s'il est le résultat d'un cas fortuit (1) ; et à l'opposé la tentative ou le crime manqué n'entraînent aucune répression. Bien plus, si un animal ou une chose inanimée causent un dommage, leur propriétaire est soumis à la vengeance comme s'il en était lui-même l'auteur (2).

Pourtant l'introduction de l'idée de faute et la distinction des crimes intentionnels et non intentionnels ne pouvait tarder à s'affirmer ; si en effet dans tous les cas le préjudice est le même et excite le désir de la vengeance, le délit intentionnel apparaît de plus comme une contestation, une négation violente du droit de lésé, dont l'honneur est mis en jeu. Au cas de lésion casuelle au contraire, il n'existe rien de semblable et c'est probablement pour cette hypothèse qu'est apparu tout d'abord le système des compositions (3).

L'idée de faute devait trouver un terrain plus favorable encore à son développement lorsque l'état après avoir simplement réglé et appuyé le droit de vengeance privée punit les crimes au nom d'un intérêt public. Pourtant son introduction ne s'effectue que peu à peu et l'on omet souvent d'en tenir compte lorsque le dommage causé est

(1) Kowalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, p. 287 sq. — Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie*, p. 63. L'intention commence cependant à y être prise en considération, v. p. 146-272.

(2) Kowalewsky, *loc. cit.*, p. 395.

(3) On peut tirer des arguments en ce sens de l'ancien droit germanique. V. Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts*, I, p. 32 sq.

considérable ; (1) en outre la survivance de l'ancien système de la vengeance du sang contribue à en diminuer l'importance. En Judée le meurtrier involontaire n'est pas puni par l'État mais il peut être cependant immolé par la famille de la victime s'il n'arrive pas à gagner à temps l'une des villes de refuge établies à cet effet sur les frontières du pays (2).

A vrai dire il n'y a pas encore de formes bien déterminées de faute pénale mais seulement une division des actes en coupables et non coupables. Il semble cependant que la Grèce, qui sur ce point comme sur tant d'autres devancé son époque, ait eu des notions plus nettes et l'influence de sa philosophie a contribué grandement au développement du droit romain en notre matière (3).

Celui-ci nous offre le tableau d'une évolution complète de l'idée de faute (4). Le système de la vengeance aveugle existe jusqu'à une prétendue loi de Numa qui permet de racheter la dette du sang au cas de meurtre en offrant aux parents de la victime un bélier expiatoire (5). Une nouvelle forme de faute apparaît à l'époque d'Hadrien, celle qui est constituée par l'imprudence ou la négligence de l'auteur d'un dommage, la *culpa* que dès lors on oppose à la forme plus grave reposant sur la volonté de l'agent : le *dolus*, qui implique que la réalisation du fait positif

(1) Par exemple en Égypte au cas de meurtre même involontaire de certains animaux (ibis, chat), Thonissen, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, p. 146.

(2) Exode, XXI, 13. Thonissen, *op. cit.*, p. 182.

(3) V. Thonissen, *Le droit pénal de la république athénienne*, surtout p. 250.

(4) V. Ihering, *De la faute en droit privé*.

(5) Ihering, *op. cit.*, p. 12.

incriminé par la loi était le but auquel tendait l'agent. Mais on ne cherche pas à en donner une définition solide ni à marquer d'une manière précise les limites qui le séparent de la *culpa*.

L'invasion des barbares marque un temps de recul. A cette époque on envisage l'acte lésionnaire à deux points de vue : quant au dommage causé qui entraîne toujours l'obligation à réparation par le paiement du *vergeld*, et quant à la rupture de paix (*Friedlosigkeit*) qui amène l'intervention répressive de l'État, mais qui n'est constituée que si l'acte était intentionnel (1). Mais ce système en pratique n'est pas toujours suivi ; on considère comme non coupable celui qui a tendu un piège pour animaux dans lequel un homme trouve la mort, mais on punit la mort amenée par un trait mal dirigé ou le maître dont l'esclave ou l'animal ont causé un dommage (2). Encore au temps de Charlemagne, il faut que certains textes interviennent pour que la peine soit atténuée au cas de meurtre non intentionnel.

2. — Moyen âge

La question de l'intention et de ses modalités ne commence en réalité à être sérieusement examinée que par les canonistes et les juristes italiens du Moyen-Âge.

Les canonistes se préoccupant de l'état dans lequel se trouve la vie spirituelle de l'agent à la suite d'un homi-

(1) Sur l'ancien droit germain v. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2^e éd., p. 215 et Löffler. *Die Schülformen*, p. 32 à 44.

(2) Brünner, *eod. loc.*

cide, établissent la règle qui devait avoir une si funeste influence par la suite, que la vie spirituelle est compromise non seulement par homicide délibéré que l'agent s'est efforcé de produire, mais encore par celui qui est la suite, même casuelle, d'une action illicite. C'est ce qu'exprime la célèbre formule : « Versanti in re illicita imputantur omnia quæ sequuntur ex delicto » (1), défendue d'abord par Bernard de Pavie (2). Saint Thomas d'Aquin soutient la même conception : « Si vero aliquis det operam rei illicitæ vel etiam det operam rei licitæ non adhibens diligentiam debitam, non evadit homicidii reatum si ex ejus opere mors hominis sequatur (3). » De même pour l'ignorance ou l'erreur : « Ignorantia consequens vel concommitens actum peccati non excusat a peccato ; ignorantia vero, quæ causa est actus peccati excusat sed non ex toto nisi sit ignorantiam invincibilem quod quis scire non tenetur (4). »

Les juristes italiens qui avaient repris la division romaine de la faute en *dolus* et *culpa* et posé le principe que le dol était une condition nécessaire pour l'application des peines publiques, s'approprièrent la doctrine canonique afin de justifier la répression de cas d'imprudence grave

(1) Sans doute cette maxime peut se discuter si on se contente d'entendre par là que le résultat non intentionnel peut aggraver la peine dans une certaine mesure, comme le fait par exemple notre Code pénal pour les coups et blessures, en dehors de toute considération d'intention, mais non pas, croyons-nous si, comme cela se produisit très rapidement, on prétend indiquer par là que le résultat *praeter-intentionnel* doit être puni *comme si* il était causé intentionnellement, à plus forte raison si l'on se base sur elle pour dire qu'en réalité il a été commis intentionnellement.

(2) *Summa Decretalium*, lib. V, tit. X.

(3) *Opera*, II, partie 2, quaest. 64, art. 8.

(4) *Op. cit.*, II, 1, quaest. 76, art. 3, conclusio.

pour lesquels les faibles peines attachées à la *culpa* semblaient insuffisantes et pour pouvoir couper court aux allégations des accusés, que le résultat grave qui était arrivé (une mort) n'avait pas été envisagé par eux, mais bien un résultat moins considérable (des blessures), allégations que les juges avaient peine à détruire, embarrassés qu'ils étaient par le système des preuves légales. Ce sont donc des raisons pratiques qui amenèrent l'introduction dans le droit criminel de cette théorie que les auteurs cherchèrent seulement ensuite à justifier d'une manière rationnelle. Cependant l'on sentit dès le début ce que la théorie du *versanti in re illicita* avait de trop absolu et l'on s'efforça de la limiter par l'exigence suivante : les suites du fait illicite pour être imputables devaient avoir été vraisemblables. Cette vraisemblance est entendue de deux manières : la plupart des auteurs comprennent par là une vraisemblance objective (1), tandis que d'autres exigent que l'agent lui-même ait prévu, que le résultat qui s'est produit, était une suite vraisemblable de l'acte illicite qu'il entreprenait.

Bartole appartient au premier groupe : les suites dommageables de l'acte illicite entrepris par l'agent sont amenées dolosivement si elles en étaient une conséquence habituelle. « Si quidem delictum quod principaliter facere proposuerit tendit ad illum finem qui secutus est, tunc inspicimus eventum; si vero ad hoc non tendebat delic-

(1) Prise au pied de la lettre cette expression serait fautive : objectivement il n'y a que nécessité ou impossibilité; nous désignons seulement par là que cette vraisemblance soit admise ou non par un homme d'une intelligence moyenne, sans considération de la prévision réelle qu'a eue l'agent.

tum quod principaliter facere proposuerat, tunc non teneatur (1). »

Baldus exige de plus que l'agent ait réellement prévu que son délit pouvait avoir les suites graves qui se sont produites, quoiqu'il se contente parfois du *putare debuit*.

A l'opposé, Gandinus adopte complètement la doctrine canonique : tout homicide qui est la suite d'un délit, est présumé reposer sur la volonté de l'agent (2).

Telles sont les premières formes sous lesquelles fait son apparition la fameuse théorie du dol éventuel; grâce à laquelle on étend le domaine du dol dont la forme normale : la volonté dirigée précisément sur la production du résultat antilégal comme but, n'était pas suffisamment compréhensive. Les auteurs ne cherchent pas encore à donner de leurs systèmes d'autres justifications que des citations empruntées au droit romain ou au droit canon et l'invocation de nécessités pratiques, ainsi que nous l'avons dit. Il faut encore signaler qu'ils confondent souvent la question de savoir quels éléments constituent le dol avec celle de la preuve de ces éléments, et c'est là une cause d'obscurité que nous aurons malheureusement à signaler maintes fois encore.

Jusqu'au dix-huitième siècle aucun progrès sensible ne s'effectue; les auteurs se bornent à répéter les solutions acquises; il faut pourtant noter l'emploi des expressions : *dolus directus* désignant les cas dans lesquels l'agent avait précisément pour but le résultat qui s'est produit et *dolus indirectus*, indiquant ceux où les résultats du délit ont

(1) *Ad legem Corneliam de sicariis* L. Divus, n° 7.

(2) *Rubr. de homicidio*, n° 28.

dépassé l'attente de l'agent. Toutefois malgré ces dénominations différentes, on ne considère pas qu'il y ait entre ces deux variétés du dol une diversité de nature, tout au plus admet-on, que le *dolus directus* mérite une peine un peu plus élevée.

3) Les théories allemandes du début du XIX^e siècle

A partir de la fin du dix-huitième siècle la question de la nature et des limites de l'intention prend en Autriche et en Allemagne une grande ampleur et donne lieu à d'ardentes controverses. Nous n'en indiquerons ici que les grands traits en renvoyant pour les détails aux travaux de Frank (1) et de von Bar (2). Désormais on cherche à donner une base philosophique aux différents systèmes par lesquels on tente de remplacer le vieux dol indirect, et un progrès considérable est réalisé en ce sens que la théorie de l'intention prend une tournure plus subjective, c'est désormais de l'état d'âme réel du coupable au moment de l'action que l'on tient compte de plus en plus, pour reconnaître ou nier le dol et non de la vraisemblance ou de l'invraisemblance objective des conséquences de son acte.

Boëhmer cherche à fonder rationnellement l'assimilation du dol indirect au dol direct. Ce n'est pas le seul fait du *versari in re illicita* qui la justifie, mais l'existence, dans ce cas comme dans celui de dol direct, de la volonté dirigée sur l'obtention du résultat illégal : « Qui enim vult ante-

(1) *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre* : *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. X, p. 172 sq.

(2) *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, t. II, §§ 146 sq.

cedens specificè non potest nolle consequens, si est prævisum, ac cognitum, quod vulgo, sed abusive, necessarium vocatur... In eventum inde secutum concensisse censetur (1). » C'est dans cet auteur que pour la première fois, à côté de l'expression *dolus directus*, on rencontre comme synonyme celle de *dolus (voluntas) eventualis* qui devait remplacer la première.

Le véritable point de départ du mouvement date de la célèbre dissertation de Gläntzer défendue sous la présidence de Nettelblatt : « De homicidio ex intentione indirecta commissio (2). » L'agent n'est pas responsable pour meurtre s'il n'a eu conscience qu'un homicide pouvait résulter de son activité aussi facilement que le but qu'il avait directement en vue (3). Eugau, peu après, suit la même voie et refuse d'imputer à l'agent les suites de son action qui se sont produites *præter spem et opinionem* (4); et c'est aussi l'opinion de Püttmann dont la formule semble cependant plus compréhensive (5). A la fin du siècle Stübel établit un critérium plus fin et qui place la question sur le terrain sur lequel elle a été débattue depuis lors, la prévision

(1) *Observationes selectae ad B. Caspovii practicae novae rerum criminalium*. Ad quaest. I, num. 62, p. 2.

(2) En 1756.

(3) § 12. Si agens ignorat ex sua actione præter id quod intendit eadem facilitate aliud quid sequi posse, quod hoc si sequitur non est in dolo.

(4) *Elementa juris criminalis*, § 34; « Neminem dum licita agit crimen committere, cum vero, qui rebus illicitis sciens volensque operam dedit juri meritoque dici dolosum auctorem delictorum quae necessario non vero eorum quae præter spem et opinionem secuta sunt. »

(5) *De distinctione inter animum occidendi directum et indirectum* : « Quisquis aliquid facit, unde alterius mortem aut necessario aut probabiliter saltem secururam esse scit, ille non potest non in ejusdem mortem consentire, ideoque homicidio doloso alligat. »

du résultat suffit-elle à fonder le dol et sous quelles conditions ? Pour lui il n'admet le dol que si l'agent tenait ce résultat criminel pour une suite nécessaire de son activité ou si tenant ce résultat pour vraisemblable il le désirait en même temps (1).

Malgré ces indications de la doctrine, les codes autrichiens de Joseph II et de 1803 maintiennent dans toute sa rigueur la doctrine du *versanti in re illicita* (2).

Au début du dix-neuvième siècle commence la lutte des deux théories nommées plus tard par Frank (3) théorie de la volonté (Willeustheorie) et de la représentation (Vorstellungstheorie), avec les ouvrages de Feuerbach d'une part et de v. Almendingen de l'autre.

Pour Feuerbach le dol c'est « la décision de la volonté à une lésion du droit proposée comme but de son action, accompagnée de la connaissance de l'illégalité (4). » Il rejette en conséquence le dol indirect qu'il considère comme inadmissible ; et pourtant, à côté de la forme fondamentale de dol (*dolus determinatus*) il en crée une autre celle du dol indéterminé ou éventuel qui se rapproche beaucoup du dol indirect. Ce dol existe lorsque.. le dessein du criminel était dirigé alternativement sur la production de plusieurs lésions du droit d'une espèce déterminée (5). » Par exemple je tire sur un individu qui

(1) *System des peinlichen Rechts*, II, § 262, 1795.

(2) C'est là actuellement encore la législation en vigueur.

(3) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, X, p. 170.

(4) « *Dolus ist eine Bestimmung des Willens (Begehrungsvermögen) zu einer Rechtsverletzung als Zweck, mit Bewusstsein des Gesetzwidrigkeit des Begehrens* » *Lehrbuch*, 6^e édit., § 53.

(5) *Eod. loco.*, § 58.

me poursuit afin de lui échapper, non pas précisément que je veuille le tuer, ni non plus simplement le blesser, mais dans le dessein indéterminé de l'atteindre, le résultat exact qu'aura mon action m'est indifférent ; je veux seulement qu'une de ces lésions se produise ; j'ai donc voulu d'une manière éventuelle le résultat qui s'est produit. »

Outre le maintien malheureux de l'exigence de la connaissance de l'illégalité comme élément constitutif du dol, qui est une conséquence nécessaire de sa théorie philosophique de la contrainte, on peut reprocher à Feuerbach d'avoir trop restreint la notion d'intention en posant en principe qu'elle n'existe que lorsque la représentation du résultat illégal est le motif déterminant de l'action, et de contredire ensuite cette conception par l'admission d'un *dolus indeterminatus seu eventualis*, dont il n'indique que d'une manière tout à fait insuffisante les limites et le caractère.

V. Almendingen qu'on peut considérer comme le premier défenseur de la théorie de la représentation, combat avec vigueur la théorie de Feuerbach. Peu importe que l'on désire causer un résultat illégal ou que l'on désire quelque chose dont on sait que la production entraînera comme conséquence nécessaire, ou même seulement possible, un pareil résultat « si je prévois le rapport causal possible ou vraisemblable de mon action et qu'il se réalise, je l'ai voulu... Je me trouve dans le cas de dol éventuel ou indéterminé. Celui qui sait que quelque chose d'illégal peut arriver et qui devient cependant l'auteur d'un tel résultat a voulu ce résultat comme possible (1). »

(1) *Ueber das culpose Verbrechen*, Biblioth. des peinlichen Rechts, p. 46.

Donc celui qui prévoit qu'un résultat délictueux sera la suite nécessaire, ou même simplement possible de l'action qu'il entreprend, est responsable pour dol si ce résultat se produit réellement. C'était donner à l'intention une étendue considérable, la faute (*culpa*) étant par là restreinte au cas où le résultat n'avait pas été prévu du tout ou, ce qui est la même chose, lorsque l'agent s'était persuadé à tort que le résultat illégal ne se produirait certainement pas, qu'il ne le prévoyait pas comme possible. Une séparation du dol et de la *culpa* était par là nettement établie mais d'une façon manifestement insoutenable, aussi fut-elle vivement attaquée par Henke d'abord (1) et surtout par les juristes qui s'inspiraient de la philosophie de Hegel. A cette école revient le mérite d'avoir insisté sur la nécessité de recherches psychologiques pour établir clairement la notion de volonté, et aussi d'avoir en combattant la théorie de Feuerbach de la contrainte séparé la question de l'intention de celle de la connaissance de l'illégalité. (2)

Berner fait reposer l'intention sur la volonté, mais il faut à la volonté un objet qui lui est fourni par la représentation d'un résultat qui fera naître en lui un sentiment de plaisir ou le délivrera d'un sentiment d'ennui : « L'agent ne peut pas avoir voulu des suites qu'il n'a pas prévues. » Mais pour atteindre ce but il doit avoir connaissance des facteurs causals de l'objectivité qu'à un examen attentif on peut ramener à deux : le hasard et la nécessité, sui-

(1) *Handbuch des Kriminalrechts*, § 54.

(2) Avant les hégéliens Wächter avait déjà montré cette nécessité. V. Heinemann. *Z. f. d. g. StrRW*, t. 19, p. 421.

vant que toutes les circonstances nécessaires existent, ou que l'apparition de certaines d'entre elles dépend du hasard (1). Berner part de cette considération pour diviser le dol en dol déterminé et en dol indéterminé, la volonté dans ce dernier cas, étant dirigée sous une simple possibilité, l'agent approuvant pour le cas où il se produirait le résultat qui n'est que possible. Et il donne de cette forme d'intention l'exemple suivant qui est devenu classique : « Un bandit veut essayer la portée de son fusil et pour cela, il tire sur un homme situé à une certaine distance. Il ne sait pas encore si son arme porte jusque là, donc si la mort de cet homme est réellement possible. Mais pour le cas où il en serait ainsi (donc éventuellement) il a voulu la mort. La mise en joue, le tir, etc., sont des conditions de l'homicide réel, mais tant qu'il n'est pas encore établi si l'arme porte assez loin, il manque une condition à la possibilité réelle. Ce bandit a donc voulu une possibilité, non réelle mais simple; son but n'était pas de commettre une action qui devait tuer cet homme mais qui seulement pouvait le tuer. » (2)

Quant aux suites prévues mais non approuvées elles rentrent comme les suites non prévues dans le domaine de l'imprudence.

Köstlin soutient une théorie assez analogue (3). Pour lui, le résultat possible est voulu non seulement lorsqu'il est approuvé, mais même s'il est indifférent à l'agent (4).

(1) *Imputationslehre*, p. 184.

(2) *Imputationslehre*, p. 187.

(3) *System des deutschen Strafrechts*, 1854, § 74.

(4) *Eod. loco*, § 70.

Entre le *dolus* et la *culpa* il intercale deux nouvelles formes de faute qu'il nomme « *Luxuria* » : l'agent a prévu les conséquences illégales possibles de son action en espérant qu'elles n'arriveraient pas ; et « *Impetus* » : l'agent a une volonté anti-légale, mais sans une claire connaissance qui l'aurait peut-être détourné d'agir.

Ces écrivains introduisent aussi une notion qui, chez eux et chez les écrivains plus modernes qui ont suivi leurs traces, garde un caractère extrêmement vague : celle du dessein (*Absicht*) qu'ils opposent à celle d'intention (*Vorsatz*). Dessein et intention sont des stades de la formation de la volonté ; l'intention est postérieure au dessein et plus spéciale que celui-ci. Par exemple, tandis que la direction de la volonté vers la production d'un homicide constitue le dessein, l'intention ne se rapporte qu'à la volonté de frapper une partie déterminée du corps de la victime dont la lésion doit entraîner la mort. L'importance du rôle que l'*Absicht* doit jouer est du reste mal précisée par eux. Hermann (1) et plus récemment Ortloff (2) appartiennent à cette école.

Au milieu du xix^e siècle la théorie de la représentation entre dans sa forme moderne avec les développements de Bekker qui, avec V. Almendingen, en est le véritable fondateur. La volonté dirige seulement les mouvements du corps, seule l'action dépend uniquement de la volonté, quant au résultat, il apparaît toujours comme le produit de plusieurs causes concourantes : « X... enlève une église

(1) *Neue Revision des Grundbegriffe des Kriminalrechts*, p. 245 sq.

(2) *Gerichtssaal*, 34, p. 401 sq.

du remblai du chemin de fer pour amener le déraillement d'un train afin de causer la mort de son ennemi ou de se procurer une occasion de voler. Beaucoup de causes agissent ici pour produire le malheur : la force de la vapeur, la constitution du remblai, l'inattention du mécanicien, etc. La grande majorité de ces causes est indépendante de la volonté du criminel qui pourtant n'en est pas moins coupable (1). » La volonté du résultat sur laquelle on a essayé de fonder l'intention est donc une conception insoutenable. Le moment psychologique qu'il faut lui substituer consiste dans la prévision du résultat par l'agent. En principe toute prévision du résultat permet de l'imputer à dol à l'agent, on tiendra seulement compte du degré de précision de la prévision pour la mesure de la peine. Pourtant Bekker est forcé de reconnaître que la règle qu'il pose ainsi est trop compréhensive, il y a évidemment des cas dans lesquels la prévision du résultat comme simplement possible ne peut pas suffire à fonder l'intention ; mais il est fort embarrassé d'indiquer ces cas d'une manière précise, et il se contente de poser deux exceptions mal délimitées : en pratique on ne devra pas tenir compte d'une prévision tout à fait faible et imprécise, et l'on doit examiner si un bon citoyen aurait agi ou non malgré la prévision qu'avait l'agent.

Cette théorie de Bekker devait avoir une influence considérable, et a rallié, avec des différences de détails, une grande partie de criminalistes allemands modernes qui voient dans l'adoption de l'idée de prévision comme fonde-

(1) *Theorie des heutigen Strafrechts*, p. 254.

ment du dol, un moyen d'écarter la notion obscure de volonté et de justifier facilement la punition des cas de dol éventuel, ce qui leur apparaît comme une nécessité impérieuse. Avec eux nous arrivons aux théories contemporaines dont nous aurons à nous occuper plus loin.

4.) Les Théories de l'intention en France jusqu'à nos jours

Pendant qu'en Allemagne la question de l'intention donnait lieu à ces ardentés controverses, et qu'on lui consacrait une volumineuse littérature, elle restait à peu près ignorée en France. Comme les canonistes du Moyen âge, nos criminalistes se réfèrent à cette notion comme à une notion bien établie dont il est inutile de donner une définition ; encore n'en traitent-ils qu'incidemment en général à propos du meurtre dont-ils admettent que le dol est un élément constitutif. On peut se rendre compte par les solutions proposées pour les divers cas spéciaux examinés, combien les conceptions sur ce point sont imprécises et erronnées ; à chaque instant on assimile au dol la faute lourde et Rousseaudeau de la Combe par exemple, indique que le médecin qui par une ignorance crasse a causé la mort d'un malade doit être puni comme meurtrier (1).

Muyart de Vouglans reconnaît que le dol doit exister pour que le crime puisse être constitué, mais que faut-il entendre par dol ? sur ce point il se borne aux indications suivantes dont l'insuffisance est évidente : « L'on appelle dol, dit-il, tout ce qui se fait dans le dessein de nuire, et

(1) *Traité des matières criminelles*, I, ch. 2, p. 85.

faute, tout le mal qui se fait sans dessein formel de nuire. On voit par là (1) que c'est le dol qui fait proprement le crime et qui rend le coupable sujet aux peines portées par les lois ; la faute opère seulement ce qu'on appelle le droit délit ou quasi-délit et ne soumet ordinairement celui qui la commet qu'à des condamnations pécuniaires (1). »

Jousse n'a pas non plus de conception précise au sujet du dol et les contradictions qu'on rencontre chez lui en sont une preuve, de même que l'assimilation fréquente de la faute lourde au dol. Ainsi après avoir enseigné « Celui qui en frappant un autre sans avoir aucun dessein de le tuer, est néanmoins cause de sa mort, mérite d'être puni comme coupable d'un homicide commis par imprudence » (2), il indique autre part que « c'est une règle générale que celui qui est auteur d'une action illicite est tenu de tout ce qui arrive en conséquence de cette action quoique contre son intention et sans son consentement (3). »

Quant aux diverses formes sous lesquelles on classe le dol, elles ont trait seulement à l'existence ou à l'absence de préméditation (*delinquere proposito, delinquere impetu*).

En somme, il n'y a pas de doctrine générale fixe, la gravité matérielle du délit a plus de poids pour la reconnaissance de l'intention que l'état d'âme qui a accompagné l'acte de l'agent.

Avec la législation de la période intermédiaire la question semblait devoir sortir de l'ombre dans laquelle elle se

(1) *Institutes au droit criminel*, p. 6.

(2) *Justice criminelle*, t. III. Titre XXI, n° 106.

(3) *Eod. loco.*, art. 11, n° 109.

trouvait plongée; elle exigeait en effet que le jury fut interrogé non seulement sur l'existence des faits matériels constitutifs du crime, mais aussi sur la moralité de ces faits, donc en première ligne sur l'existence ou l'absence de l'intention (1).

Cette innovation aboutit malheureusement en pratique à des résultats fâcheux qui devaient en amener la suppression; les jurés commettant la confusion si fréquente des mobiles avec l'intention, rendaient des verdicts qui amenaient des acquittements scandaleux. La faute ne leur en incombait pas uniquement cependant mais en grande partie aussi à la théorie alors courante de l'*intention de nuire* qui faisait donner aux questions posées un caractère ambigu, facilitant la confusion commise par le jury (2). L'exposé des motifs du Code d'instruction criminelle présenté par Faure au corps législatif nous en donne un exemple. « Dans une accusation de fabrication de fausse monnaie le jury déclara que le fait était constant, que l'accusé avait agi sciemment, mais qu'il n'avait pas agi dans le dessein de nuire à autrui. Le coupable fut mis en liberté. La cause de cette déclaration ne resta point inconnue; le juré se disait à lui-même : Il n'est pas douteux que l'accusé s'est rendu coupable d'un crime, mais il est possible qu'il y ait été déterminé par l'intention de subvenir à ses propres besoins plutôt que par celle de commettre une action criminelle, son dessein réel est impénétrable pour nous; si l'on s'était contenté de nous demander : Est-il coupable?

(1) Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, art. 374.

(2) Sur l'intention de nuire, voyez *infra*, p. 81.

nous aurions répondu « oui » sans la moindre hésitation (1) ».

Le raisonnement que Faure prête aux jurés était logique, c'était la question qui leur était mal posée.

Quoi qu'il en soit, lors de la rédaction du Code d'instruction criminelle on représenta comme inutile et dangereux le maintien des questions intentionnelles et leur suppression fut décidée. Toutefois on affirma à plusieurs reprises qu'on n'entendait pas par là porter atteinte au principe que l'intention est nécessaire pour constituer les crimes et les délits, et que la question de son existence était posée implicitement dans celle plus générale de culpabilité. « Personne ne peut nier, déclare Riboud, le principe qui a fait introduire la question intentionnelle : il est certain qu'il n'y a pas eu de crime ou il n'y a pas eu intention de le commettre, mais cette intention se trouvant toujours implicitement consignée dans l'acte d'accusation qui servira de base aux questions, le jury s'en expliquera (du moins indirectement) en donnant l'affirmative ou la négative sur la question générale ; il est donc inutile de l'interroger spécialement sur ce point. C'est à cette question, c'est aux pièges qu'elle tend à la facilité ou à la bonne foi des jurés qu'on ne peut s'empêcher d'attribuer une partie des déclarations qu'on est exposé à leur reprocher (2) ».

Désormais et jusqu'à la fin du dix-neuvième siècle la question retombe dans l'obscurité. Ce n'est que dans les ouvrages généraux sur le droit pénal qu'on peut trouver

(1) Locré, t. XXV, p. 574.

(2) Rapport fait au Corps législatif, Locré, t. XXV, p. 605.

quelques indications brèves et la plupart du temps erronées au sujet de l'intention, sous la forme d'affirmations dépourvues de toute justification.

Pour la jurisprudence, elle n'a pas jugé non plus nécessaire d'établir une théorie générale, au moins d'une manière expresse, et le plus souvent elle cherche à éluder la question en invoquant de pures considérations de fait.

Rossi se borne à déclarer que « ce n'est pas le démerite moral et absolu de l'accusé, ni ses intentions perverses en général que le juge doit constater, mais seulement le concours positif de l'intelligence et de la volonté de l'agent dans l'acte illicite prévu par la loi pénale, la résolution criminelle (1) », et à indiquer avec raison que la distinction du dol en réel ou personnel (objectif ou subjectif) n'a trait qu'à une différence dans la preuve, non dans la nature de l'intention. « La résolution criminelle n'étant que le résultat de l'intelligence et de la liberté, est toujours dans le moi de l'agent et jamais dans l'acte matériel, ainsi il est absurde de parler de dol réel ou objectif (2). »

Ortolan qui consacre des développements un peu plus étendus à ce sujet, établit la théorie et la terminologie qui ont été adoptées par presque tous les auteurs postérieurs et qui dominent encore en France.

Après avoir signalé l'obscurité dans le langage courant du mot « volonté », il en fait, en tant qu'on entend par là une faculté de l'âme : la puissance de vouloir ou de ne pas vouloir, le synonyme de liberté (3). Mais dans le langage

(1) *Traité de droit pénal*, liv. II, ch. 24, p. 229.

(2) *Eod. loco.*, p. 242.

(3) *Éléments de droit pénal*, n° 248.

usuel on emploie aussi le terme volonté dans un sens impropre : « Un ouvrier en allumant un feu trop vif incendie la maison ; en jetant du haut d'un mur une poutre ou une pierre, il blesse ou tue un passant. « Je l'ai fait sans le vouloir, c'est involontaire de ma part. » Voilà les expressions dont on se servira vulgairement. Examinons cependant et n'allons pas confondre. Quant à l'acte lui-même : allumer du feu, jeter la pierre ou la poutre, c'est bien volontairement nous le supposons, en état de raison et de liberté que l'agent l'a fait ; il a voulu cet acte. Ce qu'il n'a pas voulu, ce qu'il n'a pas eu dans l'esprit, ce sont les conséquences préjudiciables de cet acte : l'incendie de la maison, la blessure ou la mort du passant, il n'a point tendu à cela, il n'a point dirigé vers ces conséquences l'acte qu'il a fait. Dans l'acte il y a eu volonté, ce qui y manque c'est la direction, la tendance vers le résultat préjudiciable ou, en termes techniques, l'intention. L'expression exacte n'est pas ici celle de volonté, mais bien celle d'intention (1) ».

L'intention est donc un pur fait alors que la volonté est une faculté de l'âme, celle-ci est une condition essentielle de l'imputabilité, tandis que celle-là n'intervient que dans le calcul de la peine. La formule : il n'y a pas de délits sans intention est donc fausse, en tous cas exagérée, ce qu'il y a de vrai c'est que toutes choses égales d'ailleurs, la faute non intentionnelle est bien moins grave, et qu'il faut de préférence exiger l'intention dans les délits au sujet desquels le droit positif n'a pas expressément indiqué le contraire.

(1) *Loc. cit.*, n° 249.

Examinant ensuite le cas où le résultat a dépassé l'intention, Ortolan pose les règles suivantes sans d'ailleurs en tenter la justification : On imputera à dol à l'agent les suites de son action qui en étaient des conséquences nécessaires ou usuelles ; si elles étaient improbables « ou si la conséquence n'était pas évidente aux yeux de l'agent » elles ne seront comptées que comme faute. Enfin si l'auteur du délit l'a commis au risque de tous les périls, par exemple s'il a dérangé la voie ferrée, tiré sur une foule etc., toutes les conséquences qui en résulteront « lui seront imputées à crime comme s'il les avait voulues, parce qu'il les a comprises indirectement dans son intention. » (1)

Molinier met surtout en évidence dans la définition du dol la connaissance de l'illégalité : « le dol consiste dans la volonté, dans l'intention d'accomplir un acte qu'on sait être coupable et punissable d'après les dispositions de la loi. » (2) L'intention « la direction de volonté de l'agent vers un but qu'il a en vue » (3) rentre dans les éléments constitutifs du dol. Le dol est déterminé lorsque l'agent a la volonté d'accomplir un délit précis dont il connaît la nature et le caractère ; indéterminé lorsque l'agent accepte d'avance les diverses conséquences que son acte est susceptible de produire ; enfin il est éventuel lorsque l'agent ayant accompli une action déterminée celle-ci entraîne un résultat plus grave que celui qu'il avait prévu ou pu prévoir, quant auquel il ne peut donc y avoir de culpabilité (4).

(1) *Loc. cit.*, n° 393.

(2) *Traité de droit pénal*, t. II, p. 102.

(3) *Eod. loco.*

(4) *Eod. loco.*, p. 104.

Terminologie singulière que de parler d'un dol qui n'entraîne pas la culpabilité !

Bertauld donne une définition voisine inspirée de Romagnosi : « Le dol c'est la conscience de contrevenir librement à ce que la loi défend ou ordonne » (1), ainsi que Laborde qui définit l'intention « la volonté appliquée à la violation de la loi par le moyen d'un fait ou d'une abstention (2). »

En somme jusqu'à nos jours, aucune tentative sérieuse n'avait été faite pour arriver à un établissement solide de la notion d'intention. La modification apportée en 1832 aux articles relatifs aux coups et blessures, la législation sur les chemins de fer et enfin les dispositions édictées au sujet des attentats anarchistes avaient successivement diminué l'intérêt pratique de la question du dol éventuel et par contre coup rendu moins impérieux le besoin d'un examen attentif de la question de l'intention et de l'imputation des suites d'un délit.

En Allemagne au contraire la théorie était en pleine formation, placée sur son véritable terrain et débarrassée des principales causes d'erreur et d'obscurité qu'elle avait renfermées. Les auteurs étaient donc à même d'élaborer des formules définitives ; ce sont leurs tentatives en ce sens que nous avons à présent à examiner et à critiquer avant de formuler sur la nature et les limites de l'intention la théorie qui nous paraît découler en grande partie de cet examen et de ces critiques.

(1) *Cours de droit pénal*. Observations de la 16^e leçon.

(2) « De l'élément moral dans les infractions non intentionnelles », *Revue critique*, 1885, p. 261.

DEUXIÈME PARTIE

Les théories modernes de l'intention

CHAPITRE I

LA THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION

Nous avons dit qu'à partir du dix-neuvième siècle deux courants d'idées différentes s'étaient formés en Allemagne pour tenter de résoudre la question de la nature de l'intention. L'un fait appel à l'idée de prévision, l'autre à celle de volonté. Actuellement encore ces deux conceptions sont respectivement soutenues par les plus illustres représentants de la science pénale, sans qu'aucune d'elle puisse s'affirmer sûrement comme dominante soit par le nombre soit par l'autorité de ses défenseurs.

R. Frank a donné à ces théories, dans l'intérêt de la brièveté du langage, les noms de *Vorstellungstheorie* (théorie de la représentation) et de *Willenstheorie* (théorie de

volonté) (1) et ces appellations sont devenues courantes. Mais il faut noter après lui pour prévenir toute confusion, que ces deux théories, surtout actuellement, ne s'opposent pas l'une à l'autre d'une manière absolument radicale. Certains auteurs ont cherché à les concilier, surtout il est fréquent de rencontrer des écrivains qui après avoir adhéré en principe à l'une de ces théories, se servent ensuite de moyens propres à la doctrine adverse ; changement plus ou moins masqué par les modifications qu'ils apportent au vocabulaire courant. A cet égard, l'opinion de M. Rappaport (2) que cette discussion est surtout une querelle de mots, se trouve justifiée. Il serait pourtant faux de donner à ce jugement une portée générale ; sainement entendues les deux théories aboutissent à des conclusions bien différentes.

Nous avons dit que l'origine de la théorie de la représentation pouvait être reportée aux écrits de V. Almendingen. Alors que jusqu'à lui on admettait universellement la synonymie d'intention et de volonté, il attira l'attention sur le rôle capital joué par les représentations de l'agent qui, suivant lui, forment le véritable fondement du dol. Pour que celui-ci soit constitué, il n'est pas nécessaire comme le soutenait Feuerbach que la lésion du droit soit le but auquel tendait le coupable ; l'homme est responsable aussi bien des résultats qu'il cause par son activité après les avoir prévus, et bien qu'il ne les ait pas désirés, que de

(1) *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-Wissenschaft*, X, p. 170.

(2) *La lutte autour de la réforme du droit pénal en Allemagne*, p. 48, n. 1.

ceux qu'il a précisément cherché à réaliser ; peu importe même qu'il les ait prévus comme des conséquences nécessaires ou seulement possibles de son action, le dol existe dans un cas aussi bien que dans l'autre. A cette théorie pourtant si compréhensive V. Almendingen n'apporte qu'une très légère restriction : de même que les suites dont l'agent n'a eu aucune prévision ne doivent pas lui être imputées à dol, on ne saurait le rendre responsable à ce titre, au cas où il se produit, du résultat à la possibilité duquel il n'a pensé que pour la rejeter ensuite ; l'agent en effet ne l'a pas prévu finalement comme possible, et se trouve dans la même situation que s'il ne l'avait pas prévu du tout. V. Almendingen est persuadé d'avoir résolu définitivement le problème : « Je crois, s'écrie-t-il, avoir déposé une offrande de valeur sur l'autel de la vérité. Une lumière nouvelle est apparue à mon regard, un nouvel horizon s'est ouvert à mes yeux, je le sais et je m'en félicite pour l'ange gardien de l'humanité. La postérité... devra juger si l'aurore de la vérité s'est dévoilée ou seulement l'éclat trompeur d'une illusion formée de vapeurs vaines (1). »

Pourtant au milieu de ces nouveaux horizons V. Almendingen n'arrive pas à abandonner complètement l'idée de volonté, il considère encore, semble-t-il, qu'au fond c'est elle qui forme le substratum de la responsabilité pour dol : « Si je prévois, dit-il, le rapport causal possible ou vraisemblable d'une action et qu'il se réalise ensuite, j'ai *voulu* ce rapport... Celui qui sachant qu'un effet illégal peut résulter

(1) *Über das kulpöse Verbrechen*, p. 250.

de son activité et qui le sachant en devient pourtant l'auteur *a voulu* ce résultat comme possible (1). »

Malgré cela c'était surtout l'importance de la représentation comme moment constitutif de l'intention qui était mise en lumière ; on pouvait espérer grâce à elle, éliminer du problème la notion obscure de volonté et arriver à une formule simple et claire en même temps qu'à un allègement de la preuve. Mais la nouvelle théorie se heurtait à une difficulté qu'elle ne semble pas avoir encore résolue. Il était évident que le domaine assigné à l'intention par V. Almendingen était démesurément étendu ; en tenant pour amenés dolosivement tous les résultats que l'agent avait prévus, ne fût-ce que comme possible, on empiétait ouvertement sur le domaine de l'imprudence, on englobait dans l'intention tous les cas d'imprudence consciente et même certains cas fortuits.

Ce fut dès lors la principale tâche des défenseurs de la théorie de la représentation que de chercher une formule restreignant dans des limites admissibles les cas dans lesquels la prévision du résultat suffisait à fonder le dol. Il leur incombait encore une autre obligation : celle de démontrer que la notion de la volonté, à laquelle la science jusqu'alors, en conformité des conceptions populaires, avait eu recours pour donner une base au dol, était inutilisable en cette matière.

(1) *Eod. loco.*, p. 46. Voyez aussi von Hippel. *die Vorstellungstheorie* App., I.

1. Objections faites aux théories de la volonté

Ces deux préoccupations apparaissent nettement chez Bekker, le fondateur de la *Vorstellungstheorie* dans sa forme moderne.

Contre la théorie de la volonté il objecte qu'il est inadmissible de parler d'un vouloir du résultat, car des divers mouvements qui constituent une action, le mouvement du corps seul peut être voulu ; parce que seul il dépend uniquement de la volonté (1). Il est inadmissible que, pour imputer un crime à l'agent, toutes les causes de crime soient un effet de sa volonté. « Une telle exigence conduirait logiquement à ne punir un individu pour meurtre que s'il avait traîné lui-même sa victime sur le lieu du crime, aiguisé lui-même le poignard, etc. Il n'en est évidemment pas ainsi (2). »

Cette argumentation a séduit la plupart des défenseurs postérieurs de la théorie de la représentation. Zittelman, Frank, v. Liszt et E. Mayer l'ont reprise et essayé de la fortifier tant par leurs propres développements que par des références faites à la psychologie moderne dans laquelle ils prétendent trouver un appui pour justifier leur thèse.

Zittelman a tenté de parachever la démonstration de Bekker par un examen psychologique de l'action (3). D'après

(1) Sur l'argumentation de Bekker, voyez *suprà*, p. 17.

(2) *Theorie des heutigen Strafrechts*, 1859, 243 sq.

(3) *Irrtum und Rechtsgeschäft*, p. 35 sq.

lui nous recherchons une cause interne pour expliquer les mouvements de notre corps qui ne résultent pas des phénomènes extérieurs et nous indiquons comme telle le phénomène psychologique indéfinissable qui accompagne ces mouvements et que nous nommons « volonté » ; phénomène ressenti directement comme différent de la connaissance et du sentiment. Le contenu de cette volonté (ce qui doit être considéré comme voulu) se mesure, comme le contenu de toute force, d'après son travail, qui est évidemment dans ce cas le mouvement du corps et lui seul ; ce qui suit le mouvement, ce n'est pas la volonté qui le produit. L'acte de volonté a son origine dans un sentiment de déplaisir qui engendre la tendance vers un résultat qui le fera cesser et dans la connaissance du mouvement du corps approprié à cette fin, or comme cette tendance (*Absicht*) et la volonté appartiennent au même groupe de phénomènes psychologiques on confond facilement leurs domaines respectifs et c'est là ce qui explique qu'on parle couramment d'une volonté du résultat. Tout ce qu'il y a d'exact là dedans, c'est qu'en produisant le mouvement du corps, la volonté crée l'une des causes du résultat, en est donc une cause éloignée.

Frauk après avoir essayé de montrer par une étude dogmatico-historique que la notion de dol est précisée d'une manière insuffisante par celle de « vouloir du résultat », demande ensuite s'il est même admissible de parler d'une volonté du résultat. Pour résoudre la question et démontrer la négative, il examine rapidement les diverses conceptions de la philosophie moderne sur la nature de la volonté rapportées dans un ouvrage d'O.

Külpe (1) et il conclut : « Ce n'est pas l'affaire du juriste de solutionner cette lutte entre psychologues, mais il doit avoir toujours présente à l'esprit l'idée qu'avec la volonté, il utilise une notion extrêmement débattue, au sujet de laquelle rien n'est solidement établi (2). » On pourrait objecter avec raison, dit-il, que la science du droit n'a pas à suivre la psychologie dans ses recherches et qu'il lui suffit d'être en accord avec les conceptions de la vie courante. « On ne pourrait contester l'autorité certaine de cette objection s'il était possible de fixer cette conception courante de la volonté. » Or c'est une chose impossible. Le mot volonté, l'expression « je veux », sont, suivant les cas, employés dans les acceptions les plus différentes et souvent pour indiquer des mouvements psychologiques qui sont certainement étrangers au domaine de la volonté. « Précisément à cause de cette souplesse, la notion vulgaire de volonté est psychologiquement inutilisable. » C'est pourquoi les criminalistes récents distinguent après Bekker le mouvement du corps qui seul est voulu et le résultat qui peut seulement être représenté et l'on doit les en approuver. Frank se réfère surtout pour la justification de cette conception, aux arguments donnés par Bünger (3) qui pourtant, au moins dans la forme, est un partisan de la théorie et de la volonté. Dans l'action le vouloir est identique à la tension des nerfs moteurs et à la concentration des muscles qui produit le mouvement du corps ; et toute l'activité de l'âme qui précède et que le

(1) *Die Lehre vom Willen in den neuern Psychologie.*

(2) *Op. cit.*, § II, p. 199.

(3) *Zeitschrift f. d. g. StrRW*, t. VI, p. 231 sq.

langage usuel désigne souvent comme volonté, n'est que sentiment et représentation. On ne fait dépendre le résultat de la volonté que par une abréviation du langage dont il ne faut pas être dupe : « Au lieu de dire : la mort a été amenée par telles et telles circonstances physiologiques produites par un coup de poignard dans le cœur, coup de poignard donné par un bras dont le mouvement a été causé par un acte de volonté, on dit simplement : la mort était voulue (1). La notion de volonté est donc impuissante, conclut Frank, à éclairer la question de l'imputation des résultats d'une action, ce n'est pas à elle que l'on doit faire appel pour dégager la nature de l'intention.

Telle est aussi l'opinion de M. E. Mayer (2) qui reprend les arguments de Bekker et de Zittelmann. Quant à v. Lizt il se borne à affirmer : « Vouloir désigne d'après mon vocabulaire uniquement cet acte psycho-physiologique duquel résulte la contraction des muscles. Par suite est voulu seulement le mouvement du corps et jamais le résultat, alors que le langage courant rapporte précisément le vouloir au résultat (3) ».

Telle est l'objection principale que les partisans de la théorie de la représentation opposent à la conception courante qui fait reposer l'intention sur la volonté du résultat : il est inadmissible de parler d'une volonté du résultat.

Nous ne croyons pourtant pas que les démonstrations

(1) *Op. cit.*, p. 204.

(2) *Die schuldhafte Handlung und ihre Arten*, 1901.

(3) *Lerhbuch*.

tentées sur ce point et que nous venons de résumer, soient assez convaincantes pour imposer leur conclusion et nous considérons comme décisive la réfutation faite par v. Hippel de ces diverses argumentations (1).

Tout d'abord est-il admissible, sous prétexte que la notion de volonté, telle qu'elle est conçue dans la vie courante serait trop obscure, de condamner cette notion au lieu de chercher à la préciser et à l'éclaircir ? Löffler s'élève vivement contre une pareille erreur : « L'on peut se demander avec raison, déclare-t-il, si la science n'outrepasse pas son devoir qui est de fortifier et d'éclairer les notions qu'elle reçoit du langage courant, lorsqu'elle détruit le noyau fondamental de ces notions. Or c'est là ce qu'on fait relativement à la notion de volonté, lorsqu'on nie une volonté du résultat et que l'on affirme la complète inséparabilité de la volonté et de l'action... On peut douter que ceux qui ont établi ces principes pour le droit pénal, les auraient appliqués au droit en général, particulièrement au droit civil, et, s'ils l'avaient fait, qu'ils auraient soutenu ces principes en présence des conséquences qui en découleraient. Car si le résultat n'était jamais voulu, mais seulement représenté, le droit ne serait plus la volonté du peuple ou de l'État, mais la représentation du peuple ou de l'État, en droit civil un contrat ne serait pas la volonté concordante des parties, mais leur représentation concordante... on ne pourrait pas dans le droit des successions parler de dernières volontés, mais seulement de dernières représentations du testateur (2). »

(1) *Die renze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 6 sq.

(2) *Die Schuldformen des Strafrechts*, I, p. 232.

Ce n'est pourtant pas là une raison qui suffise à notre avis, pour faire rejeter *a priori* la théorie qui identifie volonté et tension des muscles, et il faudrait l'admettre si l'exactitude de sa conception était démontrée ; mais du moins faut-il reconnaître qu'elle est de ce chef astreinte à une obligation plus étroite de prouver son bien fondé : Or il ne semble pas que cette démonstration soit fournie.

On peut remarquer avec von Hippel (1) au sujet de la revue des conceptions philosophiques modernes sur la volonté à laquelle s'est livré Frank et par quoi il croit étayer sa démonstration, que les opinions qu'il rapporte ont uniquement trait au point de savoir si la volonté est une faculté fondamentale de l'âme, différente de la connaissance et du sentiment, ou si au contraire, elle peut être décomposée en d'autres éléments. Or que la volonté soit ou non une faculté primaire, cela n'a aucune importance pour le juriste ; il n'a pas à le rechercher et la question qui nous occupe : quelles sont les limites de la volonté, qu'est-ce qui est voulu ? ne dépend en aucune façon des solutions qui peuvent intervenir sur cet autre point. Or les auteurs cités par Frank ne disent rien qui permette de condamner l'idée de volonté du résultat, c'est plutôt le contraire qu'il supposent : Le mouvement du corps n'est voulu qu'en seconde ligne comme moyen de produire le résultat qui est voulu en premier lieu. Les philosophes qui traitent expressément de cette question sont tout à fait affirmatifs dans ce sens. « Aux limites de notre organisme

(1) *Die Vorstellungstheorie* (Festgabe für F. Regelsberger), p. 380.

dit M. Paulhan (1), notre volonté, semble-t-il, doit forcément s'arrêter. Cela n'est pas complètement exact. Notre volonté exerce d'une façon plus ou moins indirecte une influence plus ou moins considérable sur le monde extérieur », et il cite comme un exemple d'influence tout à fait directe la suggestion mentale. D'ailleurs la volonté n'a pas non plus une influence directe sur les mouvements du corps. « L'idée de remuer mes doigts est complétée par un complexe de phénomènes dont je puis n'avoir aucune connaissance : action nerveuse dans les centres de l'encéphale, puis action nerveuse centrifuge, contractions musculaires, petites variations de la circulation ou de la température. Mais au fond cela ne diffère pas essentiellement de l'action de la volonté d'un acheteur riche sur une portion du monde extérieur... Ni l'une ni l'autre de ces actions n'est immédiate. L'une et l'autre supposent au contraire une longue série de phénomènes intermédiaires qui passent souvent ignorés, coordonnés pour conduire au résultat final qui les complète et leur donne un sens » (2). Il est donc exact de prétendre qu'en parlant de vouloir du résultat on va à l'encontre des solutions universellement admises en philosophie.

L'argument invoqué par Bekker (3) et repris maintes fois après lui, n'a non plus rien de péremptoire. S'il est impossible d'admettre une volonté du résultat parce que d'autres causes que la volonté concourent à sa formation ;

(1) *La volonté*, Bibliothèque internationale de psychologie expérimentale, p. 202.

(2) *Op. cit.*, p. 209.

(3) Voyez *suprà*, p. 17 et 31.

alors on ne peut pas non plus parler de volonté à propos des mouvements du corps. Il s'en faut de beaucoup en effet, que les muscles obéissent exactement à la volonté ; souvent le mouvement entrepris n'est pas accompli ou l'est d'une façon défectueuse ; la volonté est souvent impuissante à produire un mouvement déterminé, parce que l'aptitude et l'habileté du corps sont insuffisantes. Bien plus, il est fréquent que, dans l'exécution d'un acte volontaire, les mouvements du corps soient commandés uniquement par l'automatisme et que nous n'en ayons pas une conscience absolument nette. Sans doute ordinairement le nombre des causes qui avec la volonté concourent à la naissance d'un mouvement corporel est moins grand que pour la production d'un changement dans le monde extérieur, mais il n'y a là qu'une différence de degré qui ne justifie aucunement la limitation de la volonté aux mouvements du corps seulement. Enfin l'affirmation de Bekker que pour pouvoir indiquer quelque chose comme voulu, l'on doit pouvoir en rapporter toutes les causes à la volonté est en elle-même purement arbitraire... Dans toutes les sciences on indique couramment une force comme cause d'un phénomène qui ne dépend pas directement d'elle et d'elle seule.

A. Zittelmann : on peut, même en admettant comme exact le point de départ pourtant contestable qu'il adopte, faire l'objection suivante : si l'on convient de définir une force par ses effets, pourquoi serait-ce seulement par le premier et non aussi par les suivants. Dans l'espèce, par le résultat que Zittelmann reconnaît être un effet indirect de la volonté ? Est-ce précisément parce que ce n'est qu'un effet

indirect ? alors il ne faudrait pas non plus indiquer comme voulus les mouvements du corps qui, nous l'avons vu avec Paulhan, sont précédés de toute une série d'autres phénomènes, et on ne devrait considérer comme voulu que l'action nerveuse qui se produit dans l'encéphale et qui seule est l'effet direct de la volonté.

2). — Les formules positives de la théorie de la représentation

La théorie de la représentation n'a donc pas prouvé l'inanité d'une volonté du résultat, ce qui était pourtant un devoir impérieux pour elle, puisque seule cette démonstration eût pu justifier son affirmation que c'est l'examen des représentations de l'agent qui peut donner la solution des difficultés relatives à l'intention.

Si l'on veut faire abstraction de cette objection, et si, admettant le point de départ de la *Vorstellungstheorie*, on la considère sous son côté positif, on doit reconnaître qu'elle n'a pas réussi à séparer les cas d'intention de ceux d'imprudence et que les diverses formules proposées à cette fin doivent être repoussées. Il ne pouvait pas en être autrement, croyons-nous, parce que son point de départ était faux : La notion de prévision à elle seule étant impuissante à trancher la question de la nature et des limites de l'intention.

V. Almendingen avait admis les conséquences logiques du principe qu'il proclamait, si c'est la prévision du résultat qui fonde l'intention, alors celle-ci existe dans tous les

cas de prévision aussi bien lorsque l'agent n'a prévu le résultat que comme une suite possible de son activité que lorsqu'il a su que c'en serait une conséquence nécessaire.

Bekker sentait aussi que c'était là l'aboutissement logique du principe ; mais il comprend en même temps que cette règle est trop compréhensive et qu'en pratique elle conduirait à des résultats inadmissibles, et, après avoir comme V. Almendingen admis que toute prévision du résultat suffit à fonder le dol, il cherche à limiter un peu ce principe par les deux restrictions que nous avons indiquées : que la prévision doit pourtant avoir une certaine prévision et qu'il faut examiner, dans les cas douteux, si la prévision qu'a eue l'agent aurait suffi à empêcher un bon citoyen d'agir. Critérium dont l'insuffisance n'a pas besoin d'être démontrée.

Les tentatives ultérieures qui font du degré de précision plus ou moins grand des représentations le moment caractéristique qui permet d'affirmer ou de nier l'existence de l'intention, doivent aussi être repoussées.

Lucas (1) par exemple distingue le cas où le résultat est représenté comme vraisemblable et celui où il l'est comme possible, la première prévision fonde toujours l'intention, la seconde au cas seulement « où cette possibilité est liée dans la représentation avec le cours ordinaire des événements. »

On peut tout d'abord remarquer que les deux catégories indiquées n'en font en réalité qu'une ; car n'est-il pas représenté comme vraisemblable le résultat représenté comme

(1) *Subjektive Verschuldung*, p. 16.

lié avec le cours ordinaire des événements? Ensuite nous croyons qu'il est impossible de donner un critérium de quelque valeur pour limiter la vraisemblance et la différencier de la simple possibilité; ces mots n'ont aucun sens bien défini qui permette de les opposer et ils ne peuvent en avoir aucun, parce qu'ils ne répondent pas à des notions scientifiques, on en conçoit l'emploi dans le langage journalier pour lequel un certain degré d'imprécision est admissible, mais il n'en va pas de même en notre matière. Ce serait livrer l'accusé à l'arbitraire du juge sans possibilité d'aucun contrôle. D'un autre côté, précisément parce que les notions de vraisemblance et de possibilité ne sont pas différentes fondamentalement l'une de l'autre et qu'elles se pénètrent mutuellement, il est impossible de justifier la différence de traitement qu'on leur applique en reconnaissant que l'un fonde l'intention et l'autre non. En somme la distinction de Lucas est purement verbale.

Kohler (1) : établit une doctrine semblable et peut par suite être critiqué de la même façon que Lucas. Peu importe que le résultat représenté ait été ou non désiré par l'agent ou qu'il lui fût complètement indifférent; ces considérations ont trait au dessein (*Absicht*) de l'agent non à l'intention. L'existence de celle-ci dépend uniquement de l'existence ou de l'absence de prévision du résultat, elle est constituée par la prévision des suites de l'action comme certaines ou au moins comme vraisemblables (« *entweder als sicher oder doch als sehr wahrscheinlich* »). Si le résultat était simplement vraisemblable

(1) *Studien dem Strafrecht*, I. *Vorsatz und Absicht*, p. 67 sq.

il faut en plus, pour que le dol soit constitué que le résultat ait été poursuivi (beabsichtigt) par l'agent. Enfin il n'y a jamais prévision lorsque le résultat n'était prévu que comme possible.

Outre les objections indiquées à propos de la conception de Lucas, la théorie de Kohler est dans l'erreur lorsqu'elle nie que l'intention puisse exister lorsque le résultat est prévu comme possible. Frank cite l'exemple suivant qui suffit à démontrer le contraire : « Supposons un vagabond dépourvu de tout moyen d'existence, qui ne reçoit aucune aumône.... dans une forêt il voit venir à lui un officier qu'il croit porteur d'une bourse bien garnie. Il ne considère pas comme vraisemblable qu'il soit de force à vaincre cet officier mais, poussé par le désespoir, il l'essaie pourtant. Certainement s'il arrive à le terrasser et à le tuer, aucun juge n'hésitera à le punir pour meurtre ». (1)

Löffler n'a pas une doctrine plus satisfaisante. Pour lui la division en dol et culpa est inexacte et il voudrait qu'on y substituât une division tri-partite des formes de faute. I. Absicht : le résultat est désiré et sa production recherchée. II. Wissentlichkeit : le résultat est prévu, les cas résultant dans ce groupe allant de la précision la plus grande (certaine) à la plus faible (invraisemblable) par une série infinie de degrés. III. Fahrlässigkeit : le résultat d'est ni voulu ni prévu mais il aurait pu et dû être prévu et évité. Pourtant en législation, il faudra modifier ces catégories, la première renfermera les cas d'Absicht et les formes les plus hautes de connaissance (die höheren

(1) *Op. cit.*, p. 213.

Formen der *Wissentlichkeit*), la seconde les formes intermédiaires de connaissance (prévision du résultat comme vraisemblable) et le troisième les formes inférieures de connaissance et toute l'imprudence. (1)

Nous n'avons pas à discuter le bien fondé de la division de Löffler, mais seulement à signaler le besoin qu'il ressent de faire appel dans sa première catégorie à l'idée de volonté du résultat; quant aux plus hautes formes de la connaissance qu'il y assimile, il ne précise pas autrement ce qu'il faut entendre par là qu'en disant : « approximativement c'est ce que l'ancienne doctrine comprenait dans le *dol* indéterminé ou éventuel. » Pratiquement une telle indétermination rend sa division inapplicable, outre qu'on pourrait répéter ici les critiques précédentes opposées à Lucas et Kohler.

Frank dans un article bien connu et remarquable à tous les points de vue (2), a fait la tentative la plus digne d'attention pour délimiter les représentations dont l'existence suffit à fonder l'intention. L'homme se représente le cours des événements futurs dont il croit connaître les facteurs causals, particulièrement les résultats qu'auront ses actions, il se représente ces résultats soit comme nécessaires soit comme possibles. Certainement celui-là se trouve *in dolo* qui a prévu qu'un effet illégal résulterait nécessairement de son action, mais est-ce là le seul cas où l'intention existe? Il faut bien remarquer que l'agent se représentera d'autant plus rarement comme certain le

(1) *Die Schuldformen des Strafrechts*, I, p. 10 sq.

(2) *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, Z, 10, p. 169 sq.

résultat de son activité qu'il sera d'une conformation d'esprit plus élevée, il sait que maintes circonstances qu'il ne peut prévoir peuvent déjouer ses projets. « Supposons qu'un professeur de philosophie soit un bandit, il s'attendra sans doute à la possibilité d'un tremblement de son poignard, à ce que sa victime porte une cotte de mailles ou ait une dextrocardie et que pour cela elle échappe à la mort »... « L'intention — c'est là notre conclusion pratique — trouve-t-elle seulement son expression dans le jugement : *le résultat doit entrer*, alors la plus haute conformation d'esprit et la plus complète expérience de la vie formeraient un privilège qui amènerait l'impunité (1). »

Il faut donc admettre que la prévision du résultat comme possible peut, au moins à certaines conditions, suffire à constituer l'intention. Mais faut-il comme l'admet V. Almqvist considérer qu'elle suffit dans tous les cas ? Un examen attentif montre que cette opinion est inadmissible « et nous arrivons ainsi à la question que, dans la première moitié de ce siècle, on considérait avec raison comme la plus importante et la plus difficile. » L'expérience nous apprend que de notre activité peuvent découler des conséquences que nous n'avions pas aperçues au premier abord, et cela augmente notre prudence ; plus nous avons de scrupules et de réflexion, plus nous examinons attentivement les possibilités existantes tandis que l'homme inexpérimenté ou insouciant ne s'en préoccupe pas et agit avec la certitude peu fondée, qu'il ne produira aucun résultat illégal. Si la simple représentation que quelque chose

(1) *Op. cit.*, p. 209.

d'illégal pouvait sortir de l'action entreprise (représentation qu'après examen l'agent a jugée invraisemblable et qui ne l'a pas empêché d'agir) suffisait à constituer le dol, alors on aboutissait à privilégier l'absence de pensées et de scrupules. « Celui qui fume au lit sans penser qu'il peut allumer un incendie ne pourrait se rendre, au plus, coupable que d'incendie par imprudence ; mais celui qui serait assez malheureux pour penser à cette possibilité deviendrait un incendiaire intentionnel (1). »

Mais quelle différence y a-t-il entre ce cas et celui proposé par Berner, où un bandit tire, pour éprouver la portée de son arme, sur un passant éloigné sans savoir s'il l'atteindra ? Cette différence pour Frank est évidente. « Le bandit aurait tiré même s'il avait su que la mort se produirait, le fumeur aurait éteint son cigare s'il avait su qu'une étincelle tomberait dans le lit et communiquerait le feu à la maison. La prévision du résultat comme possible ne rentre donc dans la notion d'intention qu'au cas seulement où sa prévision comme sûr n'aurait pas arrêté l'agent, n'aurait pas eu pour lui la signification d'un motif contraire déterminant (2). »

Frank résume ses développements dans les conclusions suivantes : « L'intention est la prévision (connaissance) du résultat de l'action liée avec la connaissance des circons-

(1) *Id.*, p. 211.

(2) C'est cette partie seulement de la formule plus générale de Frank qu'on a coutume de désigner sous le nom de « formule de Frank » : « Die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen erfüllt den Begriff des Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen, das Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastierenden Motivs gehabt hätte. »

tances qui rendent l'action punissable. Cette prévision s'exprime :

1° Dans le jugement : le résultat *arrivera*. Ici il n'est pas pensé du tout à la possibilité d'une autre issue ou cette idée est repoussée par suite de la confiance de l'agent dans le cours habituel des événements, dans sa propre force ou dans son habileté. (Prévision du résultat comme sûr (gewiss)).

2° Dans le jugement, le résultat *doit entrer*. Ici la possibilité d'une autre issue est examinée mais résolue dans un sens négatif. (Prévision du résultat comme nécessaire (notwendig)).

3° Dans le jugement, le résultat *peut entrer*. Ici la possibilité d'une issue contraire est examinée sans être résolue. (Prévision du résultat comme possible (möglich)). Si la prévision de l'agent s'exprime dans ce jugement, alors l'intention n'existe que si la prévision du résultat comme sûr ou nécessaire ne l'aurait pas détourné de l'action ».

Cette construction de Frank est de beaucoup supérieure à celles que nous avons précédemment examinées et elle est digne de la plus sérieuse attention. Elle séduit au premier abord par l'élégance et la simplicité de sa solution, aussi a-t-elle entraîné de nombreuses adhésions, celle par exemple de von Liszt, ainsi que nous le verrons plus loin et même celle de l'un des partisans les plus notoires de la théorie de la volonté : von Hippel. Celui-ci est d'avis qu'en réalité Frank est partisan de la Willenstheorie et que sa formule a au fond pour but réel de déterminer dans quels cas le résultat prévu doit être considéré comme voulu. Tout bien considéré, c'est le contraire qui apparaît

comme exact et c'est von Hippel qui, au moins sur la question du dol éventuel, abandonne la théorie de la volonté (1) pour celle de la prévision. En effet, si les deux premiers groupes de Frank (prévision du résultat comme sûr et comme nécessaire) rentrait dans les cas où l'on peut indiquer le résultat comme voulu, il faut bien remarquer que Frank, qui n'admet pas du reste la volonté du résultat, y attache à la prévision une importance propre et non dérivée : celle qu'elle pourrait avoir comme révélant l'existence de la volonté du résultat. En tous cas il est impossible de voir dans le critérium donné par Frank pour distinguer les cas où la prévision du résultat comme possible suffit à fonder le dol, des cas où elle ne constitue qu'une simple faute, une invocation même dissimulée à l'idée de volonté du résultat. Sur ce point la critique de v. Hippel par ailleurs si pénétrante semble bien se trouver en défaut.

L'idée que seule la prévision forme l'élément constitutif de l'intention, représente donc bien la base des développements de Frank. L'exactitude de cette position n'est pas justifiée d'une manière directe, elle résulterait nécessairement de la démonstration tentée auparavant qu'il est impossible de voir dans la volonté cet élément constitutif : cette notion écartée il ne resterait plus que celle de prévision qui puisse servir à établir une définition du dol. En admettant même que la critique de l'idée de volonté du résultat fût exacte, on peut trouver insuffisant le fondement de Frank ; à côté de la connaissance, le sentiment

(1) Voyez ci-dessous, p. 62.

pourrait peut être (et c'est l'opinion de K. Hagen) servir à préciser la nature et l'intention, une justification positive serait donc nécessaire.

Un autre défaut des recherches de Frank c'est qu'il s'occupe uniquement de la question de savoir jusqu'où un résultat *qui s'est réellement produit* peut être imputé à dol à son auteur, alors que la question est beaucoup plus vaste et qu'elle se pose fréquemment en dehors de l'arrivée d'un résultat quelconque, notamment dans les cas de tentative. Ce défaut est d'ailleurs fréquent chez ceux qui se sont occupés de la question, il s'explique par la genèse historique du problème : la controverse sur la nature et les limites de l'intention a eu en effet, comme nous l'avons vu, pour origine la question d'imputation du résultat *præterintentionnel*, devenue celle du dol éventuel, et celle-ci est toujours restée l'objet de préoccupations dominantes des auteurs.

Si nous examinons à présent la théorie de Frank telle qu'il l'a exposée et sous réserve des observations qui précèdent, nous croyons qu'elle se heurte, surtout dans sa dernière partie, à de sérieuses objections.

Frank indique d'abord comme prévisions fondant toujours l'intention la prévision du résultat comme certain exprimée dans le jugement : le résultat entrera, et la prévision du résultat comme nécessaire exprimée dans le jugement : le résultat doit entrer. La différence entre ces deux prévisions consisterait en ceci, que dans la première l'agent n'envisage pas du tout la possibilité d'une autre issue pour son action que celle qu'il prévoit, tandis que dans la seconde cette possibilité a été envisagée, mais réso

lue dans un sens négatif. Cette différence est-elle bien réelle ? nous ne le croyons pas : en fin de compte dans le second cas comme dans le premier, la possibilité de l'entrée d'un résultat autre que celui qui a été prévu n'est plus du tout envisagée par l'agent après qu'il a résolu la question par la négative. La complète identité des deux catégories apparaît plus clairement encore lorsqu'on remarque que Frank outre le cas où la possibilité d'un autre résultat n'est pas du tout envisagée, fait encore rentrer dans la première celui où la considération de l'arrivée d'un résultat différent est repoussée par suite de la confiance qu'a l'agent dans le cours habituel des choses, dans sa propre force ou dans son habileté. N'y a-t-il pas là un processus psychologique tout à fait identique à celui qui est indiqué pour le cas de prévision comme nécessaire ? D'ailleurs si l'on s'attache seulement à la nature de la prévision, on ne peut la concevoir que sous deux formes précises : celle de la nécessité et celle de la possibilité, il n'y a pas de place pour une troisième catégorie. Peut être pourrait-on donner un sens à ces divisions en indiquant comme rentrant dans la première les cas où l'agent poursuivait un résultat avec une pleine confiance, dans la seconde ceux où le résultat n'était pas poursuivi, mais représenté comme lié nécessairement avec le résultat poursuivi, c'est là à peu près ce que fait von Liszt et c'est l'idée que von Hippel prête à Frank. Nous avons indiqué pourquoi nous n'admettions pas ici cet abandon de la théorie de la représentation pour celle de la volonté. Mais il faut bien reconnaître que ce défaut de construction bien que purement formel implique un certain flottement dans les idées de von Frank.

Celui-ci n'explique pas non plus pourquoi dans ces cas l'intention est constituée, mais se borne à indiquer que cela lui semble évident. Cette lacune se justifierait s'il était prouvé ou admis que toute prévision du résultat suffit à constituer l'intention, mais, du moment où l'on est obligé de reconnaître qu'il ne peut en être ainsi, il devient nécessaire d'expliquer la division que l'on fait des prévisions dont les unes fondent l'intention et les autres non.

C'est sur l'établissement de la troisième partie de sa formule : la limitation des cas dans lesquels la prévision du résultat comme simplement possible suffit à fonder l'intention, qu'ont porté surtout les efforts de Frank. C'était là en effet la difficulté qui avait toujours arrêté les partisans de la théorie de la représentation et ils n'avaient abouti sur ce point qu'à des formules visiblement insoutenables ou qui masquaient à peine un retour à la notion de volonté du résultat.

Frank arrive à une théorie d'aspect plus scientifique et qui est moins facile à détruire.

Nous avons indiqué sur quelle suite de déductions il se basait pour poser sa fameuse formule : « La prévision du résultat comme possible remplit la notion d'intention seulement lorsque sa prévision comme sûr ou nécessaire n'aurait pas arrêté l'agent, n'aurait pas eu pour lui la signification d'un motif contraire déterminant... Par contre si cette connaissance du résultat l'eût détourné de son action, alors le dol disparaît. » Ainsi seraient séparés les cas de dol éventuel de ceux d'imprudence consciente.

Il faut remarquer tout d'abord, qu'ici Frank ne se sert plus uniquement pour déterminer le dol, de l'idée de prévision, ce n'est plus seulement la nature de celle-ci qui est

déterminante, puisque dans les cas de dol éventuel comme dans ceux d'imprudence le résultat est prévu de la même façon comme possible; ce qui sert de base à la distinction, c'est un moment psychologique tout différent. Von Hippel qui a adopté cette formule pense que ce moment, c'est la volonté du résultat et que Frank en réalité répond à la question : quand un résultat représenté comme possible est-il voulu ? Mais comme le remarque justement von Bar, une telle affirmation n'est possible que lorsqu'on emploie la notion de volonté sans en donner de définition, qu'on opère donc en fait avec une notion nuageuse (1). »

En réalité ce qui pour Frank est déterminant dans ce cas c'est le caractère général de l'agent. C'est en considération de sa nature mauvaise et non du fait déterminé qu'il a accompli, que l'agent se voit imputer à dol le résultat qui s'est produit.

Cette théorie se heurte à deux objections que nous croyons décisives : prise au pied de la lettre, la preuve quelle exige est absolument impossible à fournir ; enfin poussée à son extrémité logique, elle ne tend à rien moins qu'au bouleversement complet des notions admises à présent par tous les codes pénaux et à leur substituer une conception extrêmement dangereuse.

La formule de Frank vise non pas un moment psychologique qui a réellement existé dans l'âme de l'agent, mais un moment purement hypothétique : la détermination qu'aurait prise l'agent s'il avait eu au moment de l'action une prévision *différente de celle qu'il a eue en fait*, l'influence

(1) *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, t. II, § 170.

qu'aurait eue sur son action cette prévision *qui ne s'est pas trouvée en lui*. Même s'il était admissible de poser ainsi la question, et nous montrerons le contraire, on se trouverait dans l'impossibilité d'y répondre d'une manière satisfaisante. Il faudrait en effet pour savoir ce que l'agent aurait décidé, connaître tout son caractère, la nature et la force respectives des divers sentiments qui pouvaient exister chez lui et cela, non pas à un moment quelconque, mais précisément au moment où l'on suppose qu'il envisageait la nécessité du résultat qu'on veut lui imputer, et en tenant compte de l'influence qu'aurait exercée sur eux cette prévision du résultat. Mais l'homme, comme le remarque von Bar (1), « n'est pas un être absolument logique et il est souvent possible qu'il ne fasse pas une fois ce qu'il a déjà fait à maintes reprises; prédire d'avance ce qu'il ferait avec la certitude que doit nécessairement comporter une décision judiciaire, le déterminisme le plus absolu n'en n'est pas encore arrivé là. » Le docteur Gustave le Bon note aussi l'impossibilité de prédire d'avance la conduite que tiendra un individu dans des circonstances déterminées, car les sentiments qui dictent nos actions nous sont inconnus ainsi que leurs effets : « La résolution qui résulte de l'action des motifs sur le caractère n'apparaît à la conscience, que comme un résultat final, l'élaboration de cette résolution s'est faite d'une façon entièrement inconsciente, et tant qu'elle n'a pas abouti à un acte nous sommes parfaitement ignorants de ce qui résultera de l'action des motifs sur nous (2). »

(1) *Op. cit.*, § 170.

(2) « Notes sur l'étude du caractère ». *Revue philosophique*, nov. 1887, p. 496 sq.

Cela devient encore plus évident si au lieu de penser comme on le fait la plupart du temps, à un résultat d'une extrême gravité, un homicide ou un incendie, on envisage des délits de peu d'importance.

Frank a tenté de répondre à cette objection que von Bar, dans un ouvrage antérieur (1), avait faite à Breidenbach qui soutenait une conception analogue. « Je ne puis pas, dit-il, me convaincre de cette impossibilité. Si nous prenons en considération des circonstances psychologiques, il est clair que par là nous exigeons une preuve, un établissement qui demande une subtilité plus grande que s'il s'agissait de faits purement extérieurs. Dans tous les établissements qui ont lieu dans le domaine de la psychologie, on se transporte dans l'âme de l'agent; pourquoi donc cela serait-il impossible précisément ici? En fait on exige des preuves qui sont bien plus difficiles à fournir; ainsi le Reichsgericht dans une décision du 7 juillet 1886, veut qu'il soit établi si l'agent à un certain moment a pris une nouvelle décision ou s'il a continué d'agir sur le fondement de la première qu'il avait prise. Si l'on fait abstraction des cas d'aveux dignes de foi, comment pourrait-on arriver à une telle preuve autrement que par des déductions tirées des circonstances concomittantes.... Pourquoi l'examen des circonstances concomittantes ne permettrait-il pas d'aboutir à une conclusion du genre de celle que j'exige? Dans tous les cas difficiles il y a forcément un certain degré d'arbitraire (2). »

Nous pensons que ces considérations de Frank ne prouvent pas la possibilité d'application de sa formule, parce

(1) *Kausalzusammenhang*, p. 39, n. 5.

(2) *Op. cit.*, p. 212.

qu'elles ne se rapportent pas à la question qui est un jeu. Ce que Frank démontre, et ce qui n'est du reste contesté par personne, c'est que la difficulté des recherches psychologiques n'empêche pas d'établir qu'un phénomène déterminé s'est produit *réellement* dans l'âme de l'agent. Mais la preuve qu'il faudrait faire dans l'application de la formule de Frank est d'une nature toute différente : il ne s'agit plus de savoir quel a été dans des circonstances données l'état d'âme d'un individu, mais d'imaginer ce qu'il aurait été sous des conditions hypothétiques. Si dans le premier cas, on possède pour en tirer des déductions, un ensemble de faits concrets qui peuvent servir à révéler la pensée qui a présidé à leur accomplissement, cet élément de convictions nous fait tout à fait défaut dans le second cas. Tout élément d'une conviction sérieuse manquerait au juge ; l'aveu lui-même n'est pas concevable ici, car l'accusé sera aussi incapable que le juge et pour les mêmes raisons, de dire avec une certitude suffisante ce qu'il aurait pu faire si ses prévisions s'étaient trouvées différentes de ce qu'elles ont été en réalité.

Les raisons que nous venons d'invoquer pour démontrer l'impossibilité de preuve à laquelle se heurte la formule de Frank prise textuellement, nous indiquent déjà qu'au fond elle se place sur un terrain bien différent de celui de l'intention, elle aboutit à des conséquences qu'on peut sans doute admettre théoriquement, qui se rencontrent même avec les conclusions de certaines écoles modernes, mais qui n'ont pas encore pénétré dans les législations actuelles et qui en tout cas nous font sortir manifestement du domaine de notre question.

Pour répondre à la formule de Frank : l'agent aurait-il

persévéré dans son entreprise s'il avait prévu le résultat comme certain au lieu de le prévoir comme possible? ce qu'il faudrait examiner, c'est son caractère tout entier, car c'est de lui qu'aurait dépendu la décision, le choix : « Partout, dit M. Ribot, le choix exprime la nature de l'individu à un moment donné, dans des circonstances données, à un degré donné; il est toujours fondé sur une affinité, une analogie de nature, une adaptation.... Deux ou plusieurs états de conscience surgissent à titre de buts possibles d'actions, après des oscillations, l'un est préféré, choisi. Pourquoi, sinon parce qu'entre cet état et la somme des états conscients, subconscients ou inconscients (purement physiologiques) qui constituent en ce moment la personne, le moi, il y a convenance, analogie de nature, affinité... La raison dernière du choix est donc dans le caractère, c'est-à-dire dans ce qui constitue la marque propre de l'individu au sens psychologique (1). » C'est donc pour son caractère que l'agent serait puni en réalité et non pour la commission intentionnelle d'un délit. Von Bar lui aussi indique que c'est là la véritable conséquence de la formule de Frank. « En réalité, dit-il, la décision d'après cette formule revient à une décision fondée sur le caractère général qui se résoudra différemment suivant la conception que se fera le juge du caractère de l'inculpé... en d'autres termes l'homme mauvais (d'après l'opinion du juge !) agit avec dol éventuel, le bon citoyen (d'après l'opinion du juge !) n'agit pas avec dol éventuel. Et cette formule conduit ainsi par un chemin détourné, qu'il faut indiquer comme tout parti-

(1) *Les maladies de la volonté*, p. 28-29.

culièrement mauvais et dangereux pour la justice, à l'imputation d'un fait non d'après la volonté contenue dans ce fait lui-même, mais d'après le caractère général de l'agent, ce qui rend inévitables les plus graves erreurs (1). »

La vérité de cette assertion que la formule de Frank aboutit à punir l'agent non plus d'après un fait mais d'après son caractère général, sa nocuité apparaît plus clairement encore si on pousse cette formule à son extrémité logique.

On admet actuellement (la jurisprudence allemande en fournit des exemples) qu'il peut exister une tentative pénale avec dol éventuel et, comme d'un autre côté, l'on a rejeté depuis longtemps la nécessité du *versari in re illicita* pour la constitution de ce dol, il est facile d'imaginer à quels abus pourrait conduire dans ces cas l'application de la formule que nous combattons. Supposons un fumeur, mettons un chemineau pour rendre l'hypothèse moins choquante, qui fumerait dans une grange en ayant conscience qu'il pourrait peut-être par là causer l'incendie de la maison, on l'arrête sur ces entrefaites. Il pourrait, si le juge reconnaissait que la certitude de déterminer l'incendie ne l'aurait pas empêché de continuer à fumer, être condamné pour tentative d'incendie de maison habitée, ce qui d'après notre code entraînerait la peine de mort ! Sans doute une pareille poursuite ne serait jamais intentée, mais le fait seul que sa légitimité résulterait de l'application logique de la formule de Frank suffit à démontrer le vice et les dangers de celle-ci. Dangers d'autant plus grands

(1) *Op. cit.*, § 171.

qu'elle ne semble, au premier abord, renfermer qu'une application correcte des principes du droit pénal actuellement en vigueur, alors qu'en réalité, elle tend à leur complet bouleversement.

Nous croyons donc que comme les autres partisans de la *Vorstellungstheorie*, Frank a échoué dans sa tentative de limiter le domaine de l'intention de celui de l'imprudence et que sa formule célèbre (1) est fausse et particulièrement dangereuse.

Nous nous étendrons moins longuement sur la théorie de von Liszt qui a adopté, dans les dernières éditions de son manuel, une conception à peu près identique à celle de Frank, dont la formule ainsi qu'il l'a déclaré lui-même (2), a la même signification que celle qu'il propose.

L'intention (abstraction faite de la connaissance du caractère anti-social de l'action) est l'activité de volenté accompagnant la représentation de son résultat. « *Die Wilhensbetätigung begleitende Vorstellung ihres Erfolges.* » Et elle existe 1° lorsque le résultat était poursuivi, *voulu*, c'est-à-dire lorsque la prévision du résultat était le motif déterminant de l'action, lorsqu'il était le but de l'agent. Peu importe dans ce cas que l'agent compte avec une certitude plus ou moins grande sur son arrivée.

2° Lorsque l'agent a prévu l'arrivée du résultat, sans que pourtant cette prévision ait été le motif déterminant de

(1) Notons que la formule de Frank s'applique non seulement à la prévision du résultat, mais encore à la connaissance des autres éléments constitutifs du délit : survivance du premier conjoint dans la bigamie, âge de la victime d'un attentat à la pudeur, etc.

(2) *Verhandlungen des 24^{ten} deutschen Juristentages*, 1898, t. I, p. 112.

son action *a*) sans conditions lorsque l'agent considérait comme certaine l'entrée du résultat (intention directe) *b*) s'il la considérait seulement comme possible « sous cette condition que l'agent n'a pas empêché la production du résultat, qu'il n'a donc pas abouti au jugement (assertorique), le résultat n'arrivera pas (intention éventuelle). L'agent par confiance en son habileté, sa chance etc, compte-il que le résultat ne se produira pas (on pense au coup de Guillaume Tell) alors il ne peut être question d'intention ; l'agent n'a-t-il abouti à aucun jugement assertorique quoiqu'ayant prévu la possibilité du résultat, alors il y a intention éventuelle (1) la formule de Frank est du reste équivalente à celle-ci. »

La principale différence, plutôt de forme que de fond, entre cette description et celle de Frank consiste en ce que von Liszt range dans une catégorie spéciale les cas dans lesquels le résultat était désiré « voulu » par l'agent, alors que Frank semble n'attacher aucune importance spéciale à ce fait. Mais nous avons dit qu'au fond c'était sans doute ces cas qui fournissaient la matière de sa première classe : prévision du résultat comme sûr (2).

Ici évidemment von Liszt adopte la théorie de la volonté et il faut bien le remarquer pour le cas dans lequel l'intention est le mieux caractérisée.

Pour les deux autres parties de la formule de v. Liszt elles prêtent aux mêmes critiques et se heurtent aux mêmes objections que nous avons élevées contre la partie finale

(1) *Lehrbuch* 14/15^{mes} éditions, § 39.

(2) Voyez ci-dessus, p. 49.

de la formule de Frank, leur contenu étant identique d'après les propres déclarations de von Liszt. Bornons nous à remarquer l'affirmation au moins surprenante de Liszt, que ce qui fait la culpabilité de l'agent dans la dernière hypothèse (dol éventuel) c'est le fait de n'avoir pas empêché le résultat.

Avec von Liszt, nous avons terminé l'examen des formes de la *Vorstellungstheorie*. Nous croyons avoir montré qu'elle s'était trouvée impuissante à séparer l'intention de l'imprudence et à en donner une définition acceptable. C'est donc inutilement que depuis plus d'un siècle, on a cherché à résoudre notre problème, en faisant appel à des notions qui contredisent le langage ordinaire et les conceptions de la vie courante. Ce qui explique ces tentatives c'est que beaucoup d'auteurs, au début du siècle surtout, ont eu principalement le souci de faire rentrer dans une formule générale de l'intention, les cas de dol éventuel et qu'ils n'ont cru pouvoir y arriver qu'en reconstruisant à l'idée de représentation, et l'on a pu d'ailleurs se rendre compte que c'était là la question dont la solution leur importait avant tout. Cette préoccupation a dominé malheureusement aussi presque toutes les théories émises par les défenseurs de la théorie de la volonté, dont nous devons à présent nous occuper.

CHAPITRE II

LES THÉORIES DE LA VOLONTÉ

On groupe sous le nom de partisans de la théorie de la volonté (*Willenstheorie*) tous les auteurs qui en conformité avec l'opinion courante et la doctrine unanime qui a régné jusqu'au ^{xviii}^e siècle, cherchent à préciser la notion d'intention par celle de volonté du résultat. Cette position adoptée par eux les dispense, semble-t-il, de justifier leur point de départ autrement que par une invocation à la *communis opinio*, et c'est là ce qu'ils font pour la plupart ; leur véritable devoir est de préciser et d'éclairer la notion obscure dont ils se servent et d'indiquer dans quels cas cette volonté du résultat existe réellement, car il faut bien reconnaître que le langage courant est trop imprécis et trop souvent erronné sur ces points pour qu'on puisse considérer comme suffisant de se référer à lui. C'est là pour la plupart des défenseurs de la théorie de la volonté, le seul point commun, car il s'en faut de beaucoup qu'ils aboutissent tous à des conclusions analogues. Cette diversité dans les résultats se rattache pour une bonne part à la diversité des vocabulaires et aussi à la diversité des méthodes employées : certains auteurs après avoir précisé à l'aide de la psychologie ce qu'il faut entendre par

volonté du résultat en déduisent quels sont les cas où l'intention existe, d'autres au contraire commencent par poser les hypothèses dans lesquelles l'imputation à dol du résultat apparaît comme commandée par la raison et l'équité, pour chercher ensuite une formule qui les comprenne toutes et qu'ils indiquent comme définition de la volonté du résultat. C'est l'emploi de cette méthode qui explique la création de ces formes de volonté indiquées sous les noms de volonté indirecte, éventuelle, indéterminée, etc.

Les divergences de détail sont trop nombreuses et la plupart offrent trop peu d'intérêt pour que nous puissions examiner toutes les conceptions des auteurs se rattachant à la théorie de la volonté; nous nous en tiendrons aux principales et aux plus caractéristiques (1).

La théorie de la représentation s'était efforcée de limiter la définition trop compréhensive de von Almenningen, la théorie de la volonté tout à l'opposé, chercha à étendre celle trop étroite de Feuerbach qui, nous l'avons dit, ne considérait comme voulus que les résultats désirés par l'agent, ceux dont la production était le but proposé à son activité; nous ne reviendrons pas sur les conceptions des juristes de l'école d'Hégel et nous aborderons immédiatement l'examen des ouvrages récents.

Bünger a adopté une théorie tout à fait particulière. Il commence par se livrer à un examen philosophique des notions de volonté et de représentation, car ces notions

(1) Voyez la liste complète des auteurs partisans de la théorie de la volonté donnée par V. Hippel. *Die Vorstellungstheorie*, p. 356 en note.

sont d'une nature positive et non seulement juridique. Comme l'indique Wünderlind, nos états psychologiques sont toujours d'une nature complexe, ni représentations, ni perceptions, ni vouloirs ne se produisent isolément, mais alors comment les distinguer? La représentation a toujours un caractère passif : elle nous est toujours imposée, tandis que la volonté est active, de nature productive, cela est exact même si l'on admet que la volonté n'est pas libre. « L'âme veut lorsqu'elle passe d'une représentation actuelle désagréable à une représentation à venir imaginée comme liée avec un sentiment agréable jusqu'à ce que cette dernière soit réalisée. Sentiments et représentations sont donc à la vérité, les suppositions indispensables de la volonté consciente, sans elles une direction de volonté et par suite aussi un vouloir concret, ne sont pas possibles, pourtant elles ne sont pas le vouloir mais seulement son point de départ et son point final (1). La volonté n'est donc pas identique aux représentations ou aux sentiments, mais plutôt « à tension des nerfs moteurs et à contraction des muscles par laquelle est produite l'action extérieure du corps (2). » Ce n'est que par l'action et au moment de l'action que se manifeste la volonté, tout ce qui existe avant n'est que sentiment et représentation. « En fait lorsque quelqu'un dit : « J'ai à présent la ferme volonté de faire ceci ou cela », il n'en résulte aucunement qu'il agira réellement ainsi qu'il se le propose, ce n'est qu'au moment de l'action, alors que

(1) *Über Vorstellung und Wille als Elemente des subjektiven Verschuldung*
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, t. VI, p. 306.

(2) *Loc. cit.*, p. 307.

souvent à son propre étonnement, il se sent poussé dans une autre direction, qu'il reconnaît son propre vouloir qui, comme un éclair dans la nuit sombre lui apporte la lumière sur son véritable caractère (1). » De cette unité de la volonté et des mouvements du corps il résulte que seule l'action concrète, le mouvement du corps doit être indiqué comme voulu au sens propre, et non le résultat qui n'est pas action et qui dépend d'une infinité de causes autres que la volonté.

Comment donc faut-il concevoir la notion d'intention criminelle qui embrasse le résultat lésif, par rapport à la volonté criminelle qui ne dépasse pas les limites de l'action? On ne peut pas l'identifier avec la représentation, car celle-ci est passive tandis que l'intention a un caractère nettement actif; d'ailleurs cette identification aboutirait à faire d'une pure opération de pensée, d'un cogitare, le fondement normal de la peine. D'après les principes reconnus ce n'est pas la pensée qui forme le côté subjectif de l'action punissable mais la volonté. Il faudra donc pour que l'intention existe que la représentation du résultat « entre dans la volonté, devienne un attribut de la volonté (2). » Mais elle ne peut entrer ainsi dans la volonté que si elle appartient aux représentations formant les motifs du vouloir par lesquelles sont produits la direction et le degré d'intensité de la volonté. Il n'y a pas là contradiction avec le principe affirmé antérieurement qu'il n'est pas nécessaire pour que l'intention existe que la représentation du résultat soit le motif déterminant

(1) *Id.*, p. 310.

(2) p. 336.

de l'action. Car le mot motif a deux sens : l'un étroit, de motif déterminant, l'autre large qui comprend toutes les représentations existant et concourant ensemble dont l'acte volontaire apparaît comme le produit (1) », donc même les représentations opposées au but que poursuit l'agent. C'est précisément le cas de l'intention qui par la représentation du résultat comme un résultat anti-légal forme un motif contraire à ceux qui poussent l'agent à produire ce résultat. « L'agent agit intentionnellement non *pour* atteindre le résultat, mais *quoiqu'il* se représente le résultat. » « L'agent admet la représentation du résultat dans sa volonté lorsqu'il vainc la force du motif existant dans cette représentation et qui s'oppose à son action. » « L'intention est donc : la volonté criminelle qui triomphe du motif moral opposé consistant dans la représentation de l'entrée du résultat anti-légal (2). »

Cette lutte dont la volonté criminelle sort victorieuse existe lorsque l'agent se représente le résultat non seulement comme certain mais encore comme vraisemblable, mais non pas lorsqu'il l'a considéré comme une possibilité tout à fait éloignée. La connaissance de l'illégalité est donc une condition essentielle de l'existence de l'intention. Ce qu'il faut entendre par là, ce n'est pas la connaissance précisée de la loi concrète violée, mais seulement la connaissance de la contrariété au devoir (*Pflichtwidrigkeit*) dont tout homme normal a la conscience innée.

(1) *Loc. cit.*, p. 338.

(2) *Id.*, p. 339-340. « Vorsatz ist der verbescherische Wille, welcher das Vorstellung des zu erwartenden Eintritts des rechtsverletzenden Erfolges liegende sitliche Gegenmotiv handelnd überwindet. »

Cette construction de Bünger est curieuse puisqu'après avoir nié la volonté du résultat il prétend néanmoins échapper à la conséquence qui semble découler forcément de cette affirmation et ne pas fonder l'intention sur un moment psychologique autre que la volonté, mais nous trouvons qu'elle n'est nullement convaincante et ses recherches psychologiques, en les tenant même pour exactes, ne justifient pas les conclusions qu'il pose et qui se réduisent pour la plupart à de simples affirmations. Ceci est visible d'abord lorsqu'il conteste la légitimité de la notion de vouloir du résultat. Il démontre que la volonté ne se confond pas avec les sentiments ou la représentation et la conclusion qu'il tire de là, c'est que volonté est identique à contraction musculaire, ce qui ne résulte en aucune façon de ce qui précède. Il est vrai qu'il invoque l'autorité de Schopenhauer : « Nous ne reconnaissons aucunement que l'acte de volonté propre soit différent de l'action du corps et qu'il soit relié à lui par le lien de la causalité ; tous les deux forment une chose unique et inséparable, aperçue de deux manières différentes (1). » Mais la philosophie moderne a répudié cette conception et considère le mouvement du corps comme un effet de la volonté. D'ailleurs si mouvement du corps et volonté n'étaient qu'un phénomène unique on ne pourrait pas comme Bünger prétendre que le mouvement du corps est voulu, car la volonté ne peut pas être voulue. Quant à son essai de faire rentrer la représentation du résultat dans la volonté, il n'y arrive qu'en donnant au mot motif une signification spéciale qui

(1) *Welt als Wille und Vorstellung*, II, p. 42.

n'est pas plus celle de la vie courante que celle de la philosophie. En somme sa formule se réduit à ceci : L'intention est constituée par la prévision qu'a l'agent que son action amènera (nécessairement ou vraisemblablement) un résultat anti-légal lorsque son sentiment du devoir éveillé par cette représentation est trop faible pour l'empêcher d'agir. C'est cette représentation du résultat comme un résultat violant la loi qui est vraiment le moment constitutif de l'intention dans l'opinion de Bünger. Nous n'insisterons pas sur l'inexactitude qu'il y a, à notre avis, à faire de l'intention une notion purement pénale et non générale applicable aux actes licites comme aux actes illicites (1) ; remarquons seulement qu'en réalité c'est la prévision (prévision du résultat, connaissance de l'illégalité de celui-ci) qui forme pour Bünger le moment psychologique dont dépend l'intention, ce n'est qu'en apparence qu'il se rattache à la théorie de la volonté (2). Pour ce qui est de sa limitation du *dol* aux cas dans lesquels le résultat est prévu comme nécessaire ou vraisemblable, nous renverrons aux critiques que nous avons adressées au système de Kohler qui sur ce point, est le même que celui de Bünger (3).

C'est aussi la connaissance de la contrariété du résultat avec la loi, ou plutôt avec la somme, qui forme pour Binding l'élément constitutif fondamental de l'intention (4) ;

(1) Voyez *infra*.

(2) Il est faux en effet que la volonté criminelle puisse entrer en lutte avec le sentiment de devoir, un tel combat n'est possible qu'entre sentiments non entre la volonté et les sentiments. Voyez *infra*.

(3) Voir ci-dessus, p. 41.

(4) Sur la conception de la norme de Binding qui se rattache à la ques-

quant à la volonté, il lui assigne un domaine d'une étendue considérable. Non seulement tout ce qui était représenté est voulu, mais encore toutes les suites objectives qui résultent d'un acte de volonté (1). Cette théorie conduirait à établir une responsabilité illimitée pour dol, si celui-ci n'exigeait en outre pour être constitué, la représentation de la causalité de l'action à l'égard du résultat, le dol n'existe pas si cette représentation fait défaut, mais même si l'agent ne l'a eue que d'une manière imprécise, le résultat, s'il se produit, lui sera imputé à dol. Cette théorie aboutit donc aux mêmes résultats que les théories extensives de la représentation, elle n'a d'ailleurs entraîné que fort peu d'adhésions.

La théorie de Weissenborn peut servir d'exemple des conceptions courantes que défendent les auteurs partisans de la Willentheorie. Le moment psychologique qui constitue la faute dans l'intention, c'est la volonté. Mais la volonté suppose nécessairement la connaissance, l'intention se compose donc de savoir et de vouloir. La volonté n'existe pas seulement lorsque le résultat était désiré mais encore lorsqu'il était prévu comme une conséquence nécessaire de l'activité entreprise et même lorsqu'il n'était prévu que comme une conséquence possible : Si l'agent « ne croit pas pouvoir détourner le résultat rendu possible par son propre fait, alors il le veut (2). » La

tion de la connaissance de l'illégalité plus qu'à autre matière, voyez Binding : *Normen et Heßensann die Bindingsche Schuldlehre*.

(1) Binding admet en effet une volonté inconsciente en conformité de la philosophie de Hartmann.

(2) Weissenborn, *Der unbestimmte eventuelle Dolus*; *Gerichtsaal*, t. 50. p. 195 sq.

volonté est alternative lorsqu'il est plus ou moins indifférent à l'agent, lequel de plusieurs résultats représentés se produira; éventuelle lorsqu'un résultat est voulu pour le cas où il se produirait à la place d'un autre.

Cet exposé et ses semblables présentent à nos yeux un défaut capital, c'est l'absence de précision, le caractère trop souvent verbal de ses conclusions. Qu'est-ce par exemple, que cette volonté alternative du résultat dans laquelle la production de tel résultat ou de tel autre est indifférente à l'agent? Dans quel cas existera et à quels indices reconnaître la volonté éventuelle? Dire que c'est au cas où le résultat sera éventuellement voulu, c'est résoudre la question par la question; de telles formules permettent de justifier les solutions les plus contradictoires.

La doctrine de von Buri est assez voisine de la précédente⁽¹⁾. Pour constituer l'imputation à dole' est la volonté du résultat non sa présentation qui est l'élément décisif. Le résultat prévu comme nécessaire est toujours voulu, celui qui n'est prévu que comme possible est voulu s'il est en même temps désiré « begehrt ».

Frank remarque avec raison que par là von Buri n'est pas loin d'adhérer à la théorie de la représentation qu'il avait pourtant vivement combattue ⁽²⁾.

C'est là plus clairement encore le cas de von Hippel. Ceci transparait déjà dans la critique qu'il fait de la Vorstellungstheorie lorsqu'il indique qu'en vérité les systèmes de Frank et de von Liszt se rattachent à la théorie de la

(1) *Über die Begriffe des Vorsatzes und des Handlung* Gerichtsaaal, t. 41, p. 408.

(2) *Op. cit.*, p. 220.

volonté; affirmation dont nous croyons avoir montré l'exactitude. Von Hippel après avoir déduit de sa critique de la théorie de la représentation (1) l'idée qu'un résultat ne peut être indiqué comme causé intentionnellement qu'au cas où il est voulu, cherche à répondre à la question qui se pose alors : quand un résultat doit-il être considéré comme voulu?

Tout d'abord il est incontesté que les résultats agréables à l'agent et qu'il s'est efforcé de produire se trouvent dans ce cas, et ici peu importe le degré de vraisemblance avec lequel ils apparaissent à leur auteur. C'est là une opinion générale aussi bien en psychologie qu'en droit pénal et que dans la vie courante. Mais dans la poursuite de ce résultat agréable, l'agent peut concevoir que d'autres résultats se produiront forcément, ces résultats représentés comme unis nécessairement avec le résultat désiré sont eux aussi voulus, quoiqu'ils soient indifférents ou même désagréables à l'agent. « Car des suites représentées comme liées nécessairement, forment avec le résultat désiré un ensemble inséparable *in concreto*. Si dans cet ensemble complexe les côtés agréables l'emportent sur les côtés désagréables, c'est la réalisation du tout qui est voulu » (2)

Jusqu'ici il n'y a pas de contestations possibles, mais les difficultés commencent lorsqu'on se demande quand un résultat indifférent, ou même désagréable, prévu par l'agent seulement comme possible, doit être considéré comme voulu, c'est-à-dire lorsqu'on aborde la question de la limi-

(1) *Vorstellungstheorie. Festgabe für Regelsberger*, p. 353, sq.

(2) *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 86, sq.

tation des formes inférieures de l'intention, (car le dol éventuel ne forme pas une catégorie spéciale de faute) et de l'imprudence consciente. Ici les partisans de la théorie de la volonté omettent le plus souvent de donner une réponse de principe, et se bornent à indiquer d'une manière vague qu'il faut que l'agent ait « admis dans sa volonté » le résultat pour le cas où il se produirait ; ou qu'il ait attaché plus d'importance à sa propre satisfaction qu'à la lésion des intérêts d'autrui etc. ; ce qui ne résoud nullement la question. La meilleure tentative faite pour arriver à une formule de limitation est celle de Frank. Les difficultés de preuve qu'elle renferme ne sont aucunement insurmontables et elles ne sont pas même plus considérables ici que dans toute autre formule qui se propose de tracer la distinction en vue. Quoiqu'elle s'exprime sous une forme hypothétique, elle ne conduit pas à apprécier la conduite qu'aurait eue l'agent dans des circonstances imaginaires, mais elle se rapporte à un moment psychique concret existant au moment de l'action. Elle pose la question sous cette forme : La représentation du résultat dans un cas donné comme simplement possible avait-elle pour l'agent la même signification pratique qu'une représentation comme nécessaire ? ou encore : La production du résultat illégal était-elle non pas agréable à l'agent, mais plus agréable que la lésion de ses propres intérêts. La formule de Frank est donc exacte psychologiquement et utilisable pratiquement. Mais Frank n'a pas répondu à cette question qui se pose à présent : Pourquoi pouvons-nous parler ici d'une volonté du résultat ; admettre l'existence de l'intention ? Il a été admis antérieurement

que les suites représentées comme nécessairement liées avec un résultat agréable étaient voulues par suite, « lorsqu'on peut constater que dans un cas donné une suite désagréable ou indifférente à l'agent, représentée seulement comme possible a eu pour la décision de volonté de l'agent la même signification pratique que si le résultat en question avait été représenté comme nécessaire, alors ce résultat doit aussi être considéré comme voulu. » (1)

D'après Hippel une preuve de l'exactitude de sa construction résulte de ce que dans tous les cas indiqués comme ceux où existe l'intention, se rencontre cet indice que l'espérance en la non arrivée du résultat n'est pas un élément décisif de l'entreprise de l'action ; que dans tous ces cas l'agent par égoïsme, place ses intérêts au-dessus de ceux qu'il lèse.

Nous ne croyons pas que la solution de von Hippel soit satisfaisante, surtout en ce qui touche le *dol* éventuel ; la formule de Frank, quoique revêtue du vocabulaire de la théorie de la volonté, continue à se heurter aux objections que nous avons indiquées et que nous persistons à considérer comme décisives contre son adoption Hippel soutient que le critérium proposé ne vise pas un moment psychologique hypothétique mais réel ; cette affirmation provient croyons nous, d'une confusion ; Hippel déclare ce que l'on examine c'est si la prévision comme possible du résultat (donc un élément psychologique qui a existé réellement) a eu pour l'agent la même signification pratique que n'aurait eu sa prévision comme certain. Mais il est évident que

(1) *Op. cit*, p. 120, sq.

pour cela il faut rechercher la signification que le résultat prévu comme certain *aurait eue*, et non a eue puisque cette prévision n'a pas existé. Et c'est l'appréciation, forcément arbitraire, de ce moment hypothétique qui manifestement sera l'élément décisif des solutions que l'on donnera à propos des diverses espèces auxquelles on appliquera ce critérium. Pour les mêmes raisons la justification que donne von Hippel qu'un tel résultat serait voulu, tombe puisqu'il est impossible de savoir si le résultat représenté comme possible a eu pour l'agent la même signification pratique que si le résultat avait été représenté comme nécessaire.

Tout à l'opposé, von Huter (1) restreint beaucoup le domaine de l'intention. La représentation est tout à fait insuffisante à fonder l'intention ; il faut de plus que l'agent se soit proposé précisément de réaliser cette représentation ; la simple approbation du résultat, le fait de le prendre par dessus le marché (in der Kauf nehmen) dont beaucoup d'auteurs se contentent, sont insuffisants à fonder l'intention. La théorie du dol éventuel que l'auteur condamne, a eu d'après lui cette conséquence mauvaise de favoriser l'assimilation de ces formes inférieures de la volonté à celle qui seule justifie l'existence de l'intention, et dans laquelle l'agent se représente le résultat comme le but, la fin à laquelle doit tendre son action.

Mais l'intention ne se rattache qu'au mouvement du corps et au résultat, à l'égard des autres éléments constitutifs du délit, il suffit que l'agent en ait eu connaissance au moment de l'action, et même il suffit qu'il ait tenu

(1) *Gerich'saal*, T. LVIII, p. 270, sq.

leur existence pour possible. C'est en ce sens, mais en ce sens seulement, que les conclusions de la théorie du dol éventuel sont justifiées.

Est-il exact que seul le résultat que l'agent s'est proposé comme but de son action, soit amené intentionnellement, nous ne le croyons pas. Par exemple l'armateur (le cas s'est présenté en pratique) (1) qui pour toucher le prix d'assurance de son navire, y installe une machine explosive qu'un mouvement d'horlogerie doit faire fonctionner en pleine mer, ne serait d'après Huter responsable que d'homicide par imprudence, parce que la destruction de l'équipage bien que conséquence nécessaire de son crime, n'était pas le but, la fin, qu'il se proposait pour son action. Cela nous semble inadmissible.

De même si nous approuvons la distinction entre le résultat et les autres éléments constitutifs du délit, nous ne pouvons pas accepter qu'à l'égard de ces derniers le simple fait de tenir leur existence pour possible soit suffisant pour justifier l'imputation à intention. Il est vrai que v. Huter est amené à cette conclusion par l'interprétation qu'il donne au § 59 du Code pénal de l'empire d'Allemagne, mais nous verrons que même en se plaçant sur ce terrain, aussi bien qu'en théorie, cette conclusion n'est pas justifiée.

Arrivons enfin à l'ouvrage récent de von Bar qui défend une théorie de la volonté absolument nette. Après avoir passé en revue et critiqué les diverses théories antérieures de l'intention, von Bar examine la psychologie de l'activité

(1) A Bremerhafen en 1875 à propos de l'explosion du « *Mosel* » qui eut lieu dans le port.

volontaire. L'homme a tendance à se développer suivant sa nature et il s'en fait un tableau plus ou moins exact. En conséquence de cette tendance, apparaissent une infinité de buts particuliers qui donnent leur direction et leur nature aux actes isolés de l'individu. Ces buts correspondent au caractère de l'agent, à des sentiments de plaisir (ou ce qui est la même chose, à la disparition d'un sentiment de déplaisir). Cet effort vers la satisfaction du moi intérieur qui existe autant que la vie, c'est la volonté. « La volonté c'est l'individu lui-même en tant qu'on le considère comme une force agissante (1). »

Les actes isolés de volonté sont occasionnés par des représentations particulières concordant avec le caractère général de l'individu. L'effort qui caractérise ces actes peut porter sur un développement intérieur comme sur une modification du monde extérieur; sur un but plus ou moins lointain. La volonté étant dirigée vers la réalisation de quelque chose, renferme en soi la représentation de la causalité. C'est là ce qui distingue le souhait du vouloir. « L'impossible étant impossible à réaliser est impossible à vouloir (2), alors qu'on peut désirer même quelque chose d'impossible ». Mais rien n'empêche de tendre vers ce qui est invraisemblable et l'effort pour le produire peut être tel qu'on y réussisse. « Par suite, pour savoir si un effort vers un but précis existe, on ne doit pas prendre en considération la vraisemblance ou l'invraisemblance de ce but (3). »

(1) *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, II, § 160 : « Wille ist der Einzelne Mesuch selbst, insofern man ihn als strebende Kraft betrachtet. »

(2) *Op. cit.*, § 161.

(3) *Id.*

De même que l'impossible ne peut être voulu, de même ce qui est représenté comme lié nécessairement avec un résultat voulu est forcément voulu avec lui, parce qu'il n'en est que l'autre face et il n'y a pas lieu de lui appliquer un autre traitement qu'au premier. « Presque jamais le criminel ne veut commettre son crime pour ce crime même, le voleur meurtrier tue pour prendre de l'or, s'il avait pu y arriver sans être obligé de tuer, il n'aurait pas commis le meurtre ; et même, là où le crime procure à l'agent un plaisir immédiat, on peut affirmer que si ce plaisir avait pu exister sans crime l'agent ne l'aurait pas commis. La satisfaction désirée est à côté du crime, le crime n'en est que la *conditio sine qua non* (1). »

Ces considérations conduisent à indiquer comme erronée la distinction que l'on fait parfois entre le crime désiré et le crime intentionnel (*Absicht* et *Vorsatz*). Il faut remarquer toutefois que cette nécessité doit être entendue dans le sens de la vie courante et qu'elle ne vise pas seulement la nécessité absolue. Il ne faut pas perdre de vue « que ce n'est pas le rapport objectif réel qu'il faut considérer, mais la représentation souvent inexacte que l'agent se fait de ce rapport, et d'après laquelle seule se dirige l'effort... Celui qui croit pouvoir voler au moyen d'un appareil tout à fait insuffisant et qui se tue, n'a pas voulu ce résultat bien que toute personne compétente eût pu le prédire (2). »

Quant aux moyens employés pour atteindre un résultat

(1) *Id.*, *in-fine*.

(2) § 163.

poursuivi, ils forment un premier résultat qui est voulu en première ligne.

Pourquoi le droit doit-il attacher une importance décisive à l'effort « Streben » ? C'est précisément parce que celui-ci est le résultat de l'ensemble du caractère de l'individu et le révèle tel qu'il est à un moment donné.

« Si les développements précédents sont exacts, alors l'appui de la doctrine dominante au sujet du dol éventuel est détruit. Quelque chose est-il réellement voulu (poursuivi) il est indifférent qu'il le soit comme suite d'un autre résultat; qu'il en soit la suite forcée, vraisemblable ou invraisemblable. Le dol est ou toujours un dol direct, si l'on ne fait pas attention à la chaîne infinie et indéterminée des membres intermédiaires d'une action, ou toujours un dol indirect si l'on se place au point de vue opposé. La différence n'a donc pas de sens (1). » C'est ainsi que von Bar commence l'attaque très vive du dol éventuel qu'il avait déjà combattu dans d'autres ouvrages (2), principalement de la formule de Frank et de la justification qu'en a tentée von Hippel. Aucune des formules théoriques proposées n'est soutenable quant à la solution des cas particuliers; les plus graves divergences existent entre les partisans du dol éventuel, qui mélangent sous ce nom certains cas de dol direct et d'imprudence consciente (3).

Il ne faut pas confondre avec le dol éventuel le cas où quelqu'un entreprend une action précisément en considé-

(1) *Loc. cit.*, § 168.

(2) *Dolus eventualis? Zeitschrift, f. d. g. StrhW.*, T. XVIII, p. 534, sq. *Nochmals zur Frage des Dolus eventualis Gerichtssal*, 1899, T. LVI, p. 401, sq.

(3) *Loc. cit.*, §§ 168 à 187.

ration de ce qu'elle aura un résultat indéterminé : place le but de son action dans cet effet indéterminé et par suite particulièrement dangereux ; par exemple lorsque quelqu'un jette une bombe dans une foule. Dans ce cas tout résultat qui se produit est voulu directement et non éventuellement, car il était renfermé dans le résultat indéterminé représenté et poursuivi par l'agent.

Enfin l'agent doit connaître les circonstances de fait qui donnent à l'action son caractère délictueux.

Il faut considérer la construction de von Bar comme l'une des plus remarquables sur notre sujet. Avant tout autre mérite, elle a celui de la précision et de la clarté, qualité qui faisait malheureusement trop souvent défaut dans les ouvrages dont nous avons parlé précédemment ; d'un autre côté elle ne heurte nullement les conceptions courantes sur l'intention (et nous avons déjà signalé l'importance d'un tel résultat surtout en droit pénal) tout en les précisant de manière à les rendre applicables en pratique.

Enfin nous croyons, que sauf sur quelques points de détail, la théorie de von Bar est juste, et c'est elle qu'en grande partie nous suivrons lorsque nous exposerons la théorie de l'intention qui nous semble s'imposer.

CHAPITRE III

LES THEORIES FRANÇAISES DE L'INTENTION

Le considérable mouvement d'idées qui s'est produit depuis un quart de siècle en Allemagne à propos de l'intention n'a pas eu d'écho en France. Comme par le passé on se borne généralement à quelques indications vagues à son sujet dans les ouvrages généraux, et la jurisprudence elle aussi a évité de se prononcer d'une manière formelle sur sa nature et sur ses limites, bien qu'elle ait eu très fréquemment à s'en occuper ; le plus souvent elle se borne à affirmer ou à nier son existence, sans qu'il soit facile de distinguer le fil conducteur qui la guide.

Toutefois récemment, MM. Villey, Garraud et surtout M. Garçon ont dirigé leurs recherches sur ce point délicat et abouti à des conceptions qui méritait de retenir l'attention.

M. Villey a consacré à l'intention un article paru dans la *France Judiciaire* (1) et plusieurs notes dans le *Sirey* (2).

Il convient d'abord de bien distinguer la volonté de

(1) « De l'intention en matière pénale » *France judiciaire*, 1876 ; I, p. 1.

(2) Sous Cass., 25 avril 1855, S. 87. 1. 137. — Cass, 7 février 1889, S. 91, 1. 41. — Cass. 31 octobre 1889, S, 91. 1.361. — Paris, 5 mars 1885, S. 85. 2. 121.

l'intention : « Un individu colore une pièce de billon et lui donne l'apparence d'une pièce d'or ou d'argent. Il a eu la volonté de faire cet acte, cela n'est pas douteux, cela suffit-il et la question d'imputabilité est-elle résolue ? Non ; on demandera quelque chose de plus, on recherchera s'il a eu la volonté de tromper sur la nature du métal. Nous avons répété nous-même à dessein le mot volonté, cependant voilà deux idées bien distinctes : la volonté de faire un acte est tout à fait différente de la volonté d'obtenir les conséquences de cet acte ; la première n'implique nullement la seconde. Ne convient-il pas de les distinguer par des noms différents ? Laissons à la première le nom de volonté et donnons à la seconde le nom d'intention. Ce mot en effet, par son étymologie répond très bien à l'idée que l'on veut exprimer : *in tendere* cela signifie proprement vouloir les conséquences de l'acte qu'on commet, donc tendre vers le résultat produit par cet acte (1). » Si l'intention est la volonté de produire les conséquences dommageables qui résultent de l'acte accompli librement il suit de là que « la question de l'intention ne se pose que relativement aux infractions qui consistent en un certain mal, un certain préjudice causé soit aux personnes soit aux propriétés, car c'est alors seulement qu'on peut se demander si l'agent a eu en faisant l'acte, l'intention de faire le mal, de causer le préjudice qui en est résulté : cherchez l'intention dans les infractions aux lois sur les inhumations, dans le port illégal des décorations, dans le vagabondage, dans la mendicité, la question ne se pose pas (2). La question ne se posera

(1) *France judiciaire*, loc. cit.

(2) Sirey, 87. 1. 137.

pas non plus dans certaines infractions qui se traduisent pourtant par une lésion causée à un bien de droit ; ce sera au cas où les conséquences nuisibles de l'acte sont tellement inhérentes à l'acte « que l'intention est inséparable de la volonté,... on ne se demandera pas si celui qui a administré un coup de canne a eu l'intention de faire du mal. La volonté de faire un acte nécessairement lésionnaire implique la volonté de produire la lésion et supprime la question d'intention (1). »

Ces développements qui se retrouvent presque identiques dans tous les articles cités, manquent d'une précision suffisante. Nous croyons qu'il est exact d'indiquer l'intention comme la volonté du résultat, mais pour cela le problème n'est aucunement résolu définitivement. La preuve en est dans la diversité des systèmes auxquels aboutissent les auteurs allemands qui parlent de cette idée ; quand l'agent a-t-il la volonté d'obtenir les conséquences illégitimes de l'acte qu'il entreprend ? Voilà ce que M. Villey omet d'indiquer et ce qui est cependant de la plus haute importance. Cette imprécision se trahit par l'emploi d'expressions absolument impropres. « L'intention varie à l'infini suivant le mobile du délit. » « Il n'est pas vrai de dire que le fanatique qui en assassinant son ennemi politique, s'est imaginé faire un acte légitime, soit à l'abri de toute peine pour sa bonne intention (2), etc. »

D'un autre côté il semble, bien que M. Villey en exigeant la volonté *de causer un préjudice* penche vers l'intention de

(1) *Idem.*

(2) *France judiciaire, loc. cit.*

nuire, de l'*animus nocendi*, et ceci explique qu'il ne veuille pas admettre que la question d'intention puisse se poser dans des délits tels que le port illégal de décorations, d'opposition à des travaux autorisés (438 C. p.,) etc. qui ne renferment pas dans leurs éléments constitutifs un préjudice direct causé aux personnes ou aux choses. Ceci n'est pas exact, comme l'indique M. Garçon. « Sans doute presque toujours celui qui porte sans droit une décoration aura l'intention de commettre le délit, mais par exception cette intention peut manquer : le délit ne sera pas constitué si l'agent a pu croire, par suite d'une erreur de fait excusable, qu'il avait été légalement décoré par l'autorité compétente » (1), et dans une hypothèse de ce genre la Cour de Cassation a décidé que l'absence d'intention devait faire acquitter l'inculpé (2).

Quant à l'affirmation que la question d'intention ne se pose pas si les conséquences nuisibles de l'acte sont inhérentes à cet acte, elle ne s'explique que par une confusion entre la question d'existence et celle de preuve de l'intention ; c'est sous une autre forme rétablir la mauvaise distinction du dol réel et personnel. L'exemple proposé est loin d'être convaincant : on ne se demandera pas, dit M. Villey, si celui qui a donné un coup de canne a eu l'intention de faire du mal (3). Evidemment parce que ce n'est pas là ce qui est en question, mais on se demandera s'il a donné ce coup intentionnellement ou par impru-

(1) *Code pénal annoté*, art. 1, n° 76.

(2) Cass., 29 mars 1833, S. 33. 1.876.

(3) S. 87. 137.

dence ; pas plus ici qu'ailleurs, l'intention ne se confond avec la volonté proprement dite.

Comme M. Villey, M. Garraud commence par distinguer la volonté de l'intention (1). La volonté se rapporte à l'action ou à l'abstention qui constitue l'élément matériel du délit ; c'est elle qui distingue l'acte de l'homme de l'acte d'un être quelconque ou d'un événement fortuit ; sans elle il ne peut pas être question de responsabilité pénale. L'intention criminelle consiste « dans la volonté de violer la loi au moyen de telle action ou de telle omission ou, plus exactement, de léser un bien juridique protégé comme tel par une loi présumée connue de l'agent », ou encore « c'est la volonté d'accomplir un acte que l'on sait être coupable, c'est l'*animus deliquendi*, l'état d'âme de celui qui applique sa volonté à violer la loi ou plutôt à léser des biens juridiques protégés par la loi. »

Ici apparaît avec une pleine netteté la conception déjà critiquée ailleurs qui fait de l'intention un phénomène psychologique spécial au droit pénal, qui n'existe pas en dehors des actes délictueux, puisque c'est la volonté de violer la loi qui en représente l'élément constitutif décisif. Même en admettant cette théorie de l'intention « criminelle, délictueuse » on aimerait savoir précisément quand l'agent a la volonté de violer la loi, ce qui n'est pas clair surtout lorsqu'on admet qu'il est présumé la connaître. Or cela, on ne nous le dit pas, on se borne à remplacer un mot par d'autres sans que la question ait fait pour autant un pas vers sa solution.

(1) *Traité de droit pénal*, Tome I, n° 275, sq.

Le vague de cette conception se manifeste mieux encore dans la division que fait M. Garraud de l'intention en ordinaire, spéciale et plus spéciale (1). La culpabilité ordinaire ou générale consiste « à savoir que l'acte que l'on va commettre ou dont on va s'abstenir, est défendu et à vouloir cependant le commettre ». Pour l'intention spéciale il faut « un élément de plus : la malice ou la fraude » ce qui est exigé dans la fausse monnaie, le vol, l'escroquerie ; etc. Enfin, et ici nous citons textuellement : « cette culpabilité spéciale n'est même pas toujours suffisante, la loi exige en effet pour l'existence de certaines infractions que la volonté ait été dirigée vers un *but tout spécial*. De sorte que le fait commis dans une autre intention, quelque blâmable et frauduleuse que soit cette intention, ou bien n'est pas punissable du tout, ou bien constitue une infraction toute différente... ainsi pour qu'il y ait crime de meurtre, il ne suffit pas que le fait matériel, d'où résulte l'homicide ait été commis *sciemment* et *volontairement*, il ne suffit pas que l'agent ait eu l'*intention de nuire*, il faut encore qu'il ait eu la volonté de tuer (1). »

En rapprochant ces développements de l'affirmation précédente que l'intention « c'est l'*animus delinquendi* », on arrive à voir dans l'intention ordinaire, générale, quelque chose de tout à fait indéterminé, une disposition d'esprit qui n'a pas besoin en règle d'être précise, de tendre à un but défini. S'il fallait appliquer cette conception au pied de la lettre, on reviendrait tout naturellement à la doctrine canonique du *versanti in re illicita*. Nous ne croyons pas

(1) *Op cit.*.. n° 280.

que M. Garraud admette cette conséquence qui découle pourtant logiquement de ses développements ; mais alors comment comprendre cette intention ordinaire qui n'exige pas que la volonté ait été dirigée vers un but spécial ?

M. Garraud établit une autre classification du dol en se plaçant au point de vue *objectif* (1), au point de vue des conséquences de l'acte délictueux. L'intention est déterminée lorsque « l'auteur a la volonté d'attendre tel résultat précis, d'accomplir tel délit dont il connaît la nature, le caractère », dans ce cas il n'y a pas de difficultés. Elle est indéterminée » lorsque l'agent n'a pas eu en vue de résultat précis, bien que sa volonté fût déterminée relativement à l'acte lui même : par exemple il a tiré un coup de fusil dans une foule sans avoir plutôt l'intention de tuer que celle de blesser, et sans avoir l'intention de tuer ou de blesser telle personne plutôt que telle autre. » Ici l'agent a prévu et *par conséquent* voulu d'une manière alternative toutes les conséquences de son acte ; il en est responsable.

Il y a plus de difficultés au sujet de l'intention éventuelle : celle-ci existe « lorsque l'agent voulait commettre un mal déterminé, mais que les conséquences du fait ont dépassé ce résultat, par exemple, il a volontairement porté des coups à une personne sans avoir précisément l'intention de la tuer, mais ces coups ont entraîné la mort. » Dans ce cas il faut distinguer : si la conséquence était nécessaire et évidente l'agent doit en supporter la responsabilité, si la conséquence était ordinaire, elle devait être

(1) *Id.*, n° 279 et 281.

prévue par l'agent, et il y a aussi pleine responsabilité ; enfin si la conséquence n'était pas habituelle, il n'y a qu'une faute qui s'ajoute au dol.

Cette théorie du dol éventuel est à peu près celle des canonistes et des juristes du moyen âge. D'abord M. Garraud exige comme eux que l'action entreprise ait été une action illicite ; l'agent voulait commettre un mal déterminé ; comme eux aussi il ne s'attache pas à la prévision réelle ou à la volonté réelle qu'a eue l'agent, mais au degré plus ou moins grand de vraisemblance *objective* des résultats qui se sont produits. Cela est si vrai que l'agent est responsable des suites qu'il n'a aucunement prévues, si ces suites étaient ordinaires ! Le principe « non scire quod scire debemus et possumus culpa est » a pourtant été proclamé et reconnu depuis longtemps ; et c'est une vérité trop évidente que l'intention étant un phénomène purement psychologique, ses éléments doivent être cherchés dans la conscience de l'agent et non en dehors de lui, pour que nous nous étendions plus longuement sur la classification *objective* des cas d'intention, faite par M. Garraud.

Nous arrivons enfin à la théorie très intéressante exposée par M. le professeur Garçon dans son Code pénal annoté (1), l'exposé général de cette théorie est un peu bref (ce qui est naturel dans un ouvrage destiné avant tout à la pratique) mais il est complété et éclairé par les applications qui en sont faites à propos de différents délits.

Après avoir, comme tous les auteurs français qui ont traité de notre question, mis en garde contre une confu-

(1) *Passim*, principalement art. 1, n° 69, sq.

sion possible entre la notion de volonté et celle d'intention (la volonté n'étant autre chose que la liberté physique et morale, exclue par l'absence de discernement chez l'enfant, l'aliénation mentale, la force majeure) (1), M. Garçon insiste sur la différence qui sépare l'intention et les mobiles ; c'est là un point auquel il s'est plus particulièrement attaché dans tout le cours de son ouvrage : Le mobile c'est « le motif qui détermine la volonté du coupable et le décide à commettre le délit ; » c'est le sentiment ou les sentiments dont le développement excessif a amené l'agent à violer la loi, sentiment le plus souvent honteux, mais qui peuvent aussi être parfois nobles et généreux (2). L'intention est toute différente. Sans doute, pris dans un sens général, ce mot indique la tendance vers un but déterminé embrassant donc les mobiles même éloignés qui ont poussé l'agent à commettre l'acte délicieux, mais ce n'est pas là le sens précis qu'il convient d'attacher au mot.

« Dans un second sens l'intention se confondra avec le fait matériel du délit ; l'agent tend en effet à réaliser ce fait, c'est le but ou l'un des buts qu'il poursuit. Cette intention existe donc toutes les fois que l'agent dirige sa volonté vers ce but, et elle consistera dans ce cas dans la conscience qu'il aura d'accomplir l'acte matériel réprimé par la loi (3). » Cette acception du mot doit aussi être rejetée : « L'intention dans son sens juridique est la

(1) Peut-être dans ce dernier cas la non imputabilité ne résulte-t-elle pas de l'absence de volonté.

(2) Sur les diverses conceptions du motif, v. Saleilles : *l'individualisation de la peine*, p. 217, sq.

(3) Art. 1, n° 75.

volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi : c'est la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales qu'il est toujours réputé connaître (1).

Dans ces développements, M. Garçon semble bien suivre la doctrine de l'intention « *criminelle* », puisqu'il met avant tout en lumière comme constituant le fond même de l'intention, la volonté de violer la loi ; c'est en somme ainsi qu'il l'indique lui-même, une conception analogue à celle de M. Garraud que nous avons critiquée. Ceci apparaît plus clairement encore lorsque l'auteur traite de l'ignorance de la loi pénale et de la règle : « nul n'est censé ignorer la loi. » A la rigueur, dit-il, ce principe se comprend lorsqu'il s'agit d'infractions non intentionnelles ; on peut considérer que le contrevenant est en faute d'ignorer la loi. Mais il nous paraît inutile de chercher à concilier logiquement cette règle incontestable avec la notion de l'intention telle que nous l'avons définie. Il est clair que celui qui de bonne foi n'a pas connu la loi, n'a pas pu savoir qu'il la violait, qu'il n'a pas commis l'acte matériel en tant que délit. Tout au plus peut-on dire pour les crimes et délits graves de la conscience de l'agent devait l'avertir que sans doute le fait était punissable ; mais cette raison toujours faible puisque certains actes profondément immoraux ne sont pas incriminés par la loi manque absolument pour les délits intentionnels dont le caractère délictueux n'apparaît pas à la conscience, qui peut prétendre connaître toutes nos lois répressives ? La solution ne s'explique en réalité

(1) *Id.*, n° 77.

que par son intérêt pratique, la règle nul n'est censé ignorer la loi, est une sorte de présomption juris et de jure sans laquelle le droit pénal ne se comprendrait pas (1). »

Cette impossibilité de concilier logiquement la règle *nemo jus ignorare censetur* avec la définition que l'on donne de l'intention, devrait pourtant mettre en défiance au sujet de l'exactitude de cette dernière ; d'autant plus que la contradiction ne porte pas sur des points accessoires, mais qu'elle est fondamentale comme il est facile de s'en convaincre à la lecture de la phrase citée plus haut. « L'intention c'est la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales, qu'il est toujours réputé connaître. » Que reste-t-il alors de positif pour constituer réellement l'intention ?

Cette prétendue contradiction, nous l'avons indiqué et nous le démontrerons, n'existe pas dans une conception exacte de l'intention.

D'ailleurs dans la suite de son ouvrage M^r Garçon a bien senti l'insuffisance de la formule proposée, au début et il a abandonné complètement l'idée d'opposition consciente à la loi pénale comme constitutive de l'intention. Il arrive à une formule très différente, bien supérieure encore qu'un peu flottante dans l'application, et peut être insuffisante à certains points de vue. Cette formule se rapproche beaucoup de celle que donnait von Liszt dans la huitième édition de son manuel : « L'action intentionnelle, est la réalisation consciente de tous les éléments constitutifs du délits (2). »

(1) Art. 1, n^o 86.

(2) § 38, 1, *in-fine*.

Pour M. Garçon aussi le coupable a agi intentionnellement lorsqu'il a réalisé sciemment les éléments constitutifs du délit, sauf dans certains cas où la loi exige de plus une certaine malice, certaines conditions de fraude ou de méchanceté ; mais ce sont là des hypothèses exceptionnelles.

Nous sommes pleinement de cet avis que la connaissance des faits de la loi indique comme constitutifs d'un délit est nécessaire pour qui existe l'intention, mais nous ne pensons pas qu'elle épuise complètement la notion. M. Garçon lui-même a été amené à y ajouter dans certains cas un autre élément : la volonté du résultat qu'il évite de nommer expressément dans la crainte qu'on ne soit amené par là à y comprendre les mobiles, mais ses formules s'y réfèrent implicitement. Par exemple, au sujet du meurtre : « L'intention dans le meurtre, dit-il, est juridiquement constituée lorsque l'agent a commis un acte *pour* donner la mort à autrui (1). » « La poursuite ne doit pas seulement établir que le coupable pouvait et devait prévoir que ses actes violents auraient pour conséquence la mort de la victime ; elle doit prouver que l'agent avait effectivement prévu ce résultat et qu'il a commis l'acte qui lui est reproché *en vue* de l'atteindre (2). » Pour d'autres délits encore (3), on voit apparaître l'exigence de la volonté de produire le résultat. Pourtant dans beaucoup d'autres cas (et c'est même la tendance qui semble l'emporter) M. Garçon s'attache surtout à la prévision du résultat.

(1) Art. 295, n° 43.

(2) *Id.*, n° 55.

(3) Art. 80, n° 5, etc.

Mais quelles prévisions sont suffisantes ? Il est difficile de dire exactement à quel criterium l'auteur s'est arrêté puisqu'il ne s'en est formellement expliqué nulle part. Parfois il semble que la prévision comme certaine seule est prise en considération par lui : l'agent doit *savoir* que l'acte entrepris aura tel résultat. Parfois au contraire (par exemple à propos du faux en écritures (1)), est considéré comme suffisante non seulement la prévision comme certaine du résultat comme possible, mais même le simple scire debuisse et potuisse.

Ceci nous paraît très certainement inadmissible comme nous l'avons exposé à propos de la théorie du dol éventuel de M. Garraud ; même si certains arrêts ne pouvaient pas se justifier autrement.

En résumé la théorie de M. Garçon ne nous semble pas être encore arrivée à une formule précise ni à une unité absolue. Si elle indique avec raison comme nécessaire à l'intention la connaissance des éléments constitutifs du délit et si elle dénonce avec exactitude l'intrusion trop fréquente des mobiles sur le domaine de l'intention, elle laisse dans le vague le point de savoir quel doit être par rapport au résultat l'état d'âme de l'agent ; si c'est la volonté ou la prévision qui doit sur ce point être prise en considération. Enfin nous la croyons fausse en tant qu'elle se contente parfois, pour constituer le dol du simple scire debuisse.

(1) *Op. cit.*, art. 145, n° 397.

CHAPITRE IV

ESSAI D'UNE THÉORIE DE L'INTENTION

Des développements qui précèdent résultent avec évidence deux idées très importantes qui permettent de délimiter dans une certaine mesure le terrain sur lequel doit se placer le problème de la nature de l'intention, et dont la méconnaissance a été cause de bien des obscurités et de bien des erreurs.

D'abord, et il semble que ceci ne devrait pas avoir besoin d'être rappelé, l'intention est très certainement un pur phénomène psychologique. C'est donc uniquement de l'état d'âme de l'agent que l'on doit s'occuper lorsqu'on veut en indiquer les caractéristiques, et il est inadmissible de faire appel dans quelque mesure que ce soit, aux phénomènes objectifs, aux circonstances de fait qui ont pu accompagner l'action. Sans doute, en pratique, lorsque le juge dans un cas concret devra rechercher si l'accusé a agi intentionnellement, il faudra bien, ainsi que nous le verrons en traitant de la preuve de l'intention, qu'il prenne en considération les faits matériels, les seuls dont il puisse avoir une connaissance directe pour en conclure à l'existence ou à la non existence des moments psychologiques qui forment l'intention, mais ce sera unique-

ment en tant que moyens de preuve qu'il invoquera ces faits, et non pas en tant qu'éléments constitutifs de l'intention.

Nous avons pourtant vu que certains auteurs se fondent sur des faits objectifs, sur des rapports de causalité envisagés en dehors de la représentation que s'en est fait l'agent, pour déterminer les cas dans lesquels existe l'intention. Leur erreur peut s'expliquer par les considérations suivantes qui ne la justifient nullement d'ailleurs.

D'abord nous venons de voir comment, pour la solution des cas concrets, le juge devait nécessairement partir des circonstances de fait pour en déduire la preuve de l'intention, or très souvent il arrive que les attendus des arrêts ne reproduisent pas complètement le raisonnement qu'a fait le magistrat, mais se bornent à en indiquer le point de départ et la conclusion qui se trouvent ainsi rapprochés d'une manière qui peut faire illusion ; au lieu de dire : le résultat qui a été causé par l'agent était une suite si vraisemblable de l'acte qu'il a entrepris, qu'il n'est pas admissible de penser qu'en agissant, l'accusé ne se soit pas rendu compte qu'il occasionnerait ce résultat, que certainement il l'a su et l'a voulu, qu'il a donc agi intentionnellement, on se borne à déclarer en omettant tous les membres intermédiaires de raisonnement : le résultat en question était une conséquence vraisemblable de l'acte de l'agent, *donc* il a agi intentionnellement.

D'un autre côté à l'origine la théorie du dol éventuel avait pour but la punition du résultat praeterintentionnel, cela est clair dans la formule « *Versanti in re illicita.* » Plus tard on voulut tempérer la rigueur des conséquences

qu'elle entraînait et l'on fût amené à limiter les suites qui seraient imputées au même titre *que si* elles avaient été causées intentionnellement et pour cela on se basa nécessairement sur des considérations objectives. Lorsque l'on vit dans le dol éventuel non plus un moyen de punir le résultat praeterintentionnel, mais la forme inférieure du dol dans laquelle l'intention de l'agent existait en réalité, on ne fit pas attention que cette modification de point de vue rendait sans valeur les critères objectifs dont on s'était servi jusqu'alors, et l'on continua à s'en servir d'une façon inadmissible.

Un autre erreur plus fréquente que la précédente parce qu'elle est moins évidente, consiste à considérer l'intention comme un phénomène limité au droit pénal, dans lequel l'attitude prise par l'agent à l'égard des lois répressives est déterminante ; et l'on parle en conséquence d'intention criminelle, d'intention délictueuse.

A notre avis cette conception n'est pas exacte. L'intention existe et a les mêmes caractères dans tous les domaines de l'activité humaine, que cette activité soit licite ou qu'au contraire elle tombe sous le coup de dispositions répressives, cela n'importe pas : on peut jeter sa montre à l'eau intentionnellement ou par imprudence, tout comme l'on peut tuer un homme par imprudence ou intentionnellement et dans les deux cas ce seront les mêmes circonstances psychologiques qui constituent l'intention, car les lois pénales ont pris la notion d'intention dans la vie et l'ont introduite sans la modifier parmi les éléments constitutifs de la plupart des délits. Parler d'intention criminelle ce ne peut être qu'employer une formule facile mais propre à

faire naître la confusion pour indiquer que l'acte accompli intentionnellement est un acte sanctionné par la loi pénale ; c'est cet acte qui est criminel et non l'intention.

De cette notion de l'intention criminelle nous semble dériver directement la conception de l'intention « mauvaise » « de nuire » qui a conduit aux plus funestes résultats, en favorisant la confusion de l'intention et des mobiles. Nous avons indiqué plus haut que les méprises qui s'étaient produites à l'époque intermédiaire au sujet des questions intentionnelles provenaient au moins autant de la mauvaise manière d'interroger le jury, en lui demandant si l'accusé avait eu l'intention *de nuire*, que de la simplicité des jurés. Bien des difficultés qui existent actuellement (par exemple en matière de diffamation) (1) proviennent de la même cause.

Gilardin proteste vivement contre cette exigence d'une intention criminelle pour constituer le délit. « Criminelle en quoi ? » demande-t-il « contraire à la loi morale ou à la loi positive ? Si c'est d'une intention contraire à la loi morale qu'on parle, on a évidemment tort, j'ai fait voir que dans nombre de cas, la loi pouvait punir sans que l'acte eût été le fruit d'une intention immorale ; le mal social abstraction faite des intentions, doit être réprimé par la loi, les affaires de conscience relèvent d'un pouvoir tout autre. La justice d'ailleurs va-t-elle se faire entremetteuse de sophismes ? Est-ce qu'un Lacenaire devra échapper aux tribunaux des hommes parce qu'en volant il se sera ima-

(1) Voyez à ce sujet, la note de M. Labbé, sous Cass. 10, nov. 1876, S. 77. 1.137 et un intéressant arrêt de Dijon, 20 janv. 1909, D. 09. 2.304.

giné être un profond philosophe? Si l'on parle d'une opposition sciemment faite à la loi positive, ce genre d'intention ne doit pas être plus recherché dans les cas particuliers pour en faire dépendre le délit, car la société reposant sur la fiction de la notoriété universelle de la loi, la connaissance des défenses que la loi pénale renferme est censée acquise à tous les citoyens et celui qui contrevient à cette loi est dès lors toujours supposé le faire avec l'intention (1). »

De même dans la célèbre affaire Watelet, M. le conseiller Tanon réfutait victorieusement la thèse du pourvoi soutenant qu'en matière pénale l'intention exigée comme condition de l'imputabilité était l'intention de nuire et, après un bref examen de la jurisprudence, concluait que « l'intention de nuire n'est pas une condition générale de l'incrimination en matière de crimes et de délits (1). » Il est vrai qu'il reconnaissait que certains délits faisaient exception à cette règle, mais même si cette affirmation est exacte, et nous verrons plus loin ce qu'il faut en penser, le principe posé nous permet d'écarter pour l'examen de la théorie générale de l'intention, la conception de l'intention de nuire, legs funeste des théories moyenâgeuses sur l'*animus nocendi*.

Signalons toutefois que par là nous ne prétendons pas trancher dans le sens de la négative et sans autre examen la question de savoir si la connaissance de l'illégalité de l'action est une condition de l'imputabilité pénale ; mais,

(1) Cité par Bertauld, *Cours de Code pénal*. Observations à la seizième leçon.

(2) Cass. 19 décembre 1885. S. 36. 1. 86.

quelle que soit l'opinion que l'on professe sur ce point, nous croyons que le problème ne rentre pas dans celui que nous examinons actuellement, et qu'il doit être tranché tout à fait en dehors de lui. L'incorporation, injustifiée à notre avis, de la question de la connaissance de l'illégalité dans celle de l'intention, vient sans doute de ce qu'elle ne peut guère se poser qu'au sujet des délits intentionnels puisque dans ceux où la simple faute suffit à rendre imputable le délit, on admet que le fait de ne pas s'être informé de la loi constitue une faute justifiant l'application de la peine de l'imprudence ou de la négligence. Mais malgré ce rapprochement les deux éléments d'imputabilité sont bien distincts et doivent être traités séparément.

En conséquence, nous nous référerons dans la suite aussi bien à l'activité licite qu'à l'activité délictueuse de l'homme, suivant en cela l'exemple des auteurs allemands récents.

Pour arriver à une solution claire et la justifier, il est nécessaire tout d'abord d'examiner les divers facteurs psychologiques qui interviennent dans l'élaboration d'un acte, fixer leur nature et leur importance respectives, ce n'est qu'ensuite que nous pourrions indiquer celui ou ceux d'entre eux qui servent de fondement à l'intention.

L'origine de tout acte conscient (car nous n'avons pas ici à nous occuper des autres) se trouve dans un sentiment qui demande à être satisfait, sentiment de déplaisir qui est forcément accompagné de la tendance à être chassé ou, ce qui revient au même, sentiment d'un plaisir à venir qui réclame sa satisfaction ; sentiments souvent obscurs et qui ne s'affirment pas toujours immédiatement à la conscience. Ce besoin une fois connu, sa tendance à être satisfait

provoque soit immédiatement soit après un travail d'association d'idées plus ou moins long, la représentation du moyen, du changement apporté dans l'ordre des choses actuel, dont la réalisation fera disparaître le sentiment d'ennui ou procurera le sentiment de plaisir cherché, du moins d'après l'opinion, parfois fausse de l'agent. Ce sera ordinairement une modification à apporter dans le monde extérieur mais, peut-être aussi dans l'esprit même de l'agent (chasser une pensée obsédante, se souvenir de quelque chose, etc) (1). Pour la réaliser, il faut que l'agent connaisse la chaîne causale plus ou moins longue qui du fait à produire remonte à un événement dont la production soit en sa pleine dépendance, c'est-à-dire, puisque nous ne pouvons agir sur le monde extérieur que par l'intermédiaire de notre corps, à un mouvement corporel. L'exécution suivra un ordre inverse à celui de l'élaboration de l'acte. Par exemple Primus éprouve un sentiment d'humiliation, il sait que ce sentiment provient d'une injure que lui a faite Secundus et il pense que la mort de celui-ci le libérera de ce sentiment désagréable. Il désire donc tuer Secundus ; mais pour y arriver il est nécessaire de le frapper à un organe dont la lésion amènera la mort, par exemple au cœur et cela au moyen d'une balle de revolver. Dans l'exécution ce sera la détente de l'arme qui se produira d'abord causant le départ du coup de feu, la lésion du cœur, la mort de Secundus et par suite la disparition du sentiment d'humiliation qui avait éveillé l'outrage reçu.

Tel est, d'une manière schématique, le processus psycho-

(1) Désormais nous ne nous occuperons plus de cette seconde hypothèse, qui par sa nature reste forcément en dehors du domaine du droit pénal.

logique qui aboutit à l'action. Mais il sera extrêmement rare dans la réalité qu'il se présente d'une manière aussi simple ; sans parler des obstacles matériels qui peuvent rendre plus compliquée l'exécution du projet, il s'en trouvera fréquemment aussi dans l'âme même de l'agent. Chaque homme possède en lui à un moment donné, une certaine quantité de sentiments plus ou moins conscients et dont certains ont des tendances tout à fait opposées. Or la représentation du moyen conçu par l'agent pour faire disparaître le sentiment d'ennui dont il souffre, heurtera très souvent d'autres sentiments qui par suite, tendront à empêcher la réalisation de ce moyen. Par exemple la représentation du meurtre de l'offenseur qui satisfait le sentiment pénible d'humiliation éveillera en même temps un sentiment de pitié pour les enfants de la victime, celui de crainte, etc. Entre ces sentiments antagonistes s'établira une lutte plus ou moins longue, jusqu'à ce que l'une des deux catégories opposées l'emporte et réduise l'autre à une disparition momentanée. C'est là ce que l'on nomme la délibération ; seuls les sentiments y ont un rôle, seuls ils entrent en conflit. On parle souvent pourtant de représentations combattantes, opposées, mais il ne faut voir là qu'une formule abrégée qui remplace la suivante : lutte de sentiments opposés éveillés par les représentations, et qui prise au pied de la lettre serait tout à fait inexacte. Quant à l'intelligence dont on exagère souvent le rôle ici, elle n'intervient qu'indirectement dans cette lutte ; tout ce qu'elle peut faire c'est d'imaginer les suites diverses que pourra avoir l'action, de créer des représentations qui éveilleront des sentiments, lesquels à leur tour interviendront dans la

lutte et une fois celle-ci terminée, de trouver après coup des motifs pour justifier la résolution ou l'action qui sont intervenues (1).

Nous disons que la lutte entre les sentiments se terminera par la victoire du sentiment le plus fort, il faut préciser plus exactement ce que nous entendons par là. Sauf peut être dans certains cas où un sentiment brusquement éveillé envahit subitement tout l'esprit de l'agent et engendre immédiatement l'acte, par exemple dans certains crimes passionnels qu'un individu commet dans une sorte d'accès de folie passagère qui l'a fait « voir rouge » et frapper presque mécaniquement, jamais un acte ne peut s'expliquer uniquement par la force d'un sentiment isolé, de celui qu'on appelle le motif déterminant de l'acte ; cela n'est possible que par le rapport qui existait à ce moment entre ce sentiment et l'ensemble de tous les autres qui formaient alors la personnalité de l'agent et qui sont intervenus consciemment ou non dans l'élaboration de cet acte. Le motif déterminant a pu en s'ajoutant à un ensemble d'autres sentiments, faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre, dans le sens de l'action ou de l'abstention, mais pour cela il fallait qu'il fût en harmonie avec le reste des tendances de l'individu, réduit à ses propres forces, il eut été impuissant. Le même sentiment se produisant chez des personnes d'un caractère différent aboutira à une conduite tout à fait différente de la part de chacune d'elles.

« Nous sommes complètement d'accord, dit M. Ribot,

(1) Voyez sur ce point : Docteur G. Le Bon « Notes sur l'étude du caractère », *Revue philosophique*, nov. 1877, p. 496, sq.

avec ceux qui nient que la prédominance d'un motif explique à elle seule la volition. Le motif prépondérant n'est qu'une portion de la cause et toujours la plus faible quoique la plus visible, et il n'a d'efficacité qu'autant qu'il entre à titre de partie intégrante dans la somme des états qui constituent le moi à un moment donné et que sa tentance à l'acte s'ajoute à ce groupe de tendances qui viennent du caractère pour ne faire qu'un avec elles... Psychologiquement cela veut dire que l'acte volontaire sous sa forme complète n'est pas la simple transformation d'un état de conscience en mouvement, mais qu'il suppose la participation de tout ce groupe d'états conscients ou subconscients qui constituent le moi à un moment donné (1). »

Cette lutte ne se terminera pas forcément avec la résolution de l'agent d'effectuer le résultat qui doit le satisfaire, mais elle pourra recommencer lorsqu'il envisagera les moyens propres à y arriver, s'il ne l'a pas fait déjà. Il se peut en effet que ces moyens répugnent à l'agent, et ce sentiment de répugnance peut suffire à le décider de s'abstenir de l'action qu'il avait auparavant résolue. Des gens fermement résolus au suicide y renoncent parfois parce qu'ils n'ont à leur disposition que des moyens dont l'emploi leur est désagréable à un trop haut degré.

Nous voyons par ce qui précède que trois facultés différentes concourent à la production de l'acte : le sentiment, la représentation et la volonté que nous avons omis à dessein de nommer, parce que son domaine est con-

(1) *Les maladies de la volonté*, page 32.

testé et que résoudre ici la difficulté aurait été trop compliquer l'exposé précédent.

La question se pose à présent de savoir quels sont ceux de ces éléments qui peuvent servir à fonder l'intention.

On est tenté tout naturellement de répondre que ce sont les sentiments dont l'importance au point de vue de l'action est prépondérante. Toute l'activité des êtres vivants dérivant de quelque sentiment à éviter ou à satisfaire (1) et c'est ce qu'a soutenu Konrad Hagen (2), l'intention consiste pour lui avant tout dans la défaite du sentiment du droit par un sentiment opposé. Agit intentionnellement celui qui s'est représenté le résultat à la fois comme fait positif et comme lésion du droit, et chez qui le sentiment du droit rendu actif par cette représentation n'a pu vaincre le sentiment contraire motivant la volonté. Nous avons déjà indiqué pourquoi nous ne pouvions admettre la restriction de l'intention au domaine du droit pénal, et si nos développements sur ce point sont exacts, il est clair que le système d'Hagen doit être rejeté.

Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'établir l'intention à l'aide des sentiments. Ceux-ci se réfèrent uniquement aux *motifs* qui ont dicté l'action, ils peuvent différer à l'infini pour un même fait alors que l'intention est quelque chose d'incolore toujours la même pour un fait donné, ils peuvent servir à la prouver, mais ils ne la constituent pas.

Nous avons déjà laissé entrevoir par les critiques adres-

(1) Docteur G. Le Bon, *loco. cit.*

(2) *Der Vorsatz und seine Feststellung Zeitschrift f. d. g. StsRW* : Tome 19, p. 159, sq.

sées à la théorie de la représentation que nous ne croyions pas que celle-ci non plus fût le moment psychologique constitutif de l'intention. Si l'on admet que c'est dans la prévision du résultat que consiste l'intention on ne peut aboutir qu'à l'un des systèmes suivants :

1^o Et c'est le plus logique, admettre comme von Almenningen que l'intention existe dans tous les cas où le résultat a été prévu. Ce qui nous l'avons vu est inadmissible.

2^o Sinon il faut distinguer entre les représentations. Scientifiquement on ne peut les concevoir que de deux espèces, représentation comme nécessaire et représentation comme possible, toutes celles que l'on a essayé d'y ajouter ne répondent à rien de précis (1) et cela semble à présent bien reconnu.

Si l'on limite l'intention au cas de prévision du résultat comme nécessaire, l'on n'aboutit pas sans doute à des résultats erronnés en ce sens qu'il est exact que l'intention existe alors, mais on commettrait une grave erreur en prétendant avoir ainsi épuisé tous les cas dans lesquels existe l'intention : « Supposons que je forme le projet de précipiter dans un précipice au-dessus duquel passe le train, le contrôleur qui s'avance sur le marchepied. Je sais bien que mon choc peut ne pas avoir d'effet parce que le contrôleur se tient peut-être trop solidement, je porte donc seulement le jugement, il se peut que je le précipite dans l'abîme et le tue, et non celui-ci : je le tuerai ! Pourtant aucun juge n'hésitera à me punir pour meurtre si mon coup réussit. » (2)

(1) Voyez ci-dessus, p. 40, sq.

(2) Frank, *op. cit.*, p. 216.

La prévision du résultat comme nécessaire est trop étroite pour renfermer tous les cas d'intention, et si on lui adjoint la prévision comme possible, on aboutit à une définition de l'intention trop compréhensive puisqu'elle englobe tous les cas d'imprudence consciente. Voilà la double impossibilité à laquelle se heurte forcément toute théorie de la représentation. Car si l'on veut distinguer parmi les prévisions du résultat comme possible celles qui fondent l'intention et celles qui rentrent dans la notion d'imprudence, il faudra faire intervenir forcément un élément autre que la représentation, et cela même si l'on admet la possibilité de créer des divisions scientifiques plus nombreuses basées sur la nature de la représentation, car l'objection précédemment formulée contre la limitation de l'intention au cas de prévision comme possible, sera toujours exacte : même dans certains cas où le résultat sera très peu vraisemblable, il sera évident que l'agent a agi intentionnellement comme le prouve l'exemple donné par Frank et reproduit plus haut du vagabond et de l'officier (1).

Une théorie de la représentation pure de tout autre élément est forcément condamnée à un échec, c'est donc en vain que l'on a voulu bouleverser toutes les conceptions admises dans la vie courante relativement à notre sujet et les détruire sous prétexte de les éclairer. En dernière ana-

(1) Voyez *supra*, p. 42. Inversement l'intention peut manifestement ne pas exister dans des cas où le résultat est très vraisemblable. L'alpiniste qui tente une ascension périlleuse avec la claire conscience que probablement il y succombera et qui y périt ne s'est pourtant pas donné intentionnellement la mort, ne s'est pas suicidé. Cf. Cass., 15 avril 1899. *Journal des Parquets*, 1900, p. 28.

lyse la volonté reste la seule faculté qui permette d'étayer une théorie de l'intention.

Il s'en faut de beaucoup que par cette constatation nous ayons résolu le problème de la nature de l'intention. Nous avons vu par l'examen des théories de la volonté que c'est seulement substituer une expression à une autre que de se borner à remplacer intention par volonté du résultat.

Que faut-il entendre par volonté, par volition du résultat, quels résultats doivent être considérés comme voulus ; la notion de volonté du résultat épuise-t-elle celle d'intention ? Telles sont les principales questions délicates auxquelles nous devons à présent répondre, car sur ces points nous ne pouvons pas nous en tenir aux conceptions courantes qui sont d'une imprécision trop grande.

Commençons par écarter deux problèmes dont la solution ne nous importe aucunement. C'est d'abord celui du libre arbitre, nous n'avons à examiner la volition qu'en tant que pur fait, telle qu'elle nous est offerte par l'expérience, sans qu'il y ait lieu de rechercher si oui ou non elle devait forcément se produire dans les circonstances données. « L'un des grands services de la critique de Kant, dit M. Ribot, et de ceux qui l'ont continuée, a été de montrer que le problème de la liberté se réduit à savoir si l'on peut sortir de la chaîne des effets et des causes pour poser un commencement absolu.... Ici, nous n'avons rien de pareil à tenter ; l'expérience interne et externe est notre seul objet, ses limites sont nos limites. Nous prenons les volitions à titre de faits avec leurs causes immédiates, c'est-à-dire les motifs qui les produisent sans rechercher

si ces causes supposent des causes à l'infini ou s'il y a quelque spontanéité qui s'y ajoute (1). »

De même et pour des raisons analogues, nous n'avons pas à prendre parti sur le point de savoir si en dernière analyse la volonté peut se ramener au sentiment et à la connaissance, ou si elle est au contraire un phénomène primaire. Les volitions en tant que faits existent et cela nous suffit.

Enfin il faut examiner ce que signifie l'opposition établie par la grande majorité des auteurs français entre volonté et intention, et qui semble en contradiction avec notre affirmation, que l'intention ne peut être définie qu'à l'aide de la notion de volonté.

Cette opposition s'explique par là que le mot volonté y est pris dans le sens d'une pure faculté de l'âme et qu'on en fait le synonyme de liberté (physique) désignant ainsi une condition d'imputabilité tout à fait générale. C'est ce qu'indique Ortolan. « Constatons que pris dans le sens d'une pure faculté de l'âme, dit-il, les mots de volonté et de liberté se confondent (2). » M. Garçon qui fait une semblable distinction (3) lui donne aussi le même sens.

Il ne s'ensuit donc nullement qu'on soit en contradiction avec eux en essayant de fonder l'intention sur la volonté parce qu'alors nous ne prenons plus le mot volonté dans le sens d'une faculté de l'âme, mais d'un acte concret,

(1) *Les maladies de la volonté*, p. 2. Voyez aussi en ce sens : W. Lacmann, *Wille und Wollen in ihre Bedeutung für das Vorsatzproblem* : *Zeitschrift f. d. g. StrRW*, t. XXX, p. 778.

(2) *Op. cit.*, n° 239.

(3) *Code pénal annoté*, art. 1, n° 29.

d'un pur fait. C'est d'ailleurs ce que ces auteurs font eux-mêmes.

Nous pouvons à présent nous demander quelles sont les caractéristiques de la volonté en tant que fait : de la volition.

Nous avons vu, par l'exposé schématique que nous avons fait d'un acte volontaire, que l'origine s'en trouve toujours dans les sentiments et les représentations, sans eux un acte de volonté concret n'est pas possible, mais ils ne sont pas la volonté elle-même ; la volonté c'est cet état d'âme qui résulte du combat des sentiments entre eux, le produit de la délibération. Pour nous servir de la formule de M. Ribot, « la volition est un état de conscience final qui résulte de la coordination plus ou moins complexe d'un groupe d'états conscients, subconscients ou inconscients qui, réunis, se traduisent par une action ou un arrêt, cette coordination ayant pour facteur principal le caractère qui n'est que l'expression psychique d'un organisme individuel (1). » Ce qui caractérise cet état d'âme, c'est l'effort conscient vers la réalisation d'un but ; l'effort dirigé par la connaissance.

C'est là aussi la conception de M. Janet : « Un acte pur d'intelligence ne suffit pas pour passer à l'acte.... L'idée préconçue n'est que la cause occasionnelle de l'action, la vraie cause est dans l'énergie intérieure qui se développe sous la direction de la pensée. En un mot une idée qui ne serait qu'une idée ou un effort qui ne serait qu'un effort ne seraient ni l'un ni l'autre un acte de volonté, l'unité de

(1) *Les maladies de la volonté*, p. 178.

l'effort et de l'idée est la volonté elle-même (1) », et von Bar a lui aussi mis en évidence cette idée que c'est l'effort qui caractérise la volonté (2).

Mais il faut bien distinguer la volonté du simple désir, qui en très voisin, en est souvent la cause et que le langage courant désigne souvent sous le nom de volonté. Le désir est un pur sentiment qui tend à être satisfait, mais il lui manque pour devenir actif, pour se transformer en une volition concrète, la concordance avec le reste du caractère. Il peut ne jamais se résoudre en un acte parce qu'il sera empêché par des sentiments opposés ou par des obstacles matériels ; en somme, c'est quelque chose d'encore passif tandis que la volonté est essentiellement active.

Une limite plus précise est difficile à tracer ; on prend soi-même souvent pour une volonté ferme ce qui n'était qu'un simple désir. Pourtant nous pouvons faire une distinction suffisamment nette en disant qu'il n'y a de volonté réelle que celle qui se traduit par une action et cela suffit ici, puisque c'est d'actes exécutés, ou dont l'exécution a été au moins commencée, que nous avons uniquement à nous occuper (3). En ce sens là, mais seulement en ce sens on peut considérer comme exacte l'affirmation de certains partisans de la théorie de la représentation que volonté et action sont inséparables.

La volonté étant l'effort vers un but à réaliser renferme

(1) *Psychologie*, t. II, p. 22.

(2) *Op. cit.*, § 160.

(3) Ceci justifie le principe du droit pénal que la résolution criminelle quelque certaine qu'elle paraisse ne peut être réprimée si elle ne s'est pas traduite en acte.

en soi la représentation de la causalité. L'agent ne peut vouloir quelque chose que si (à tort ou à raison) il croit pouvoir en devenir la cause ; seul le désir peut se référer à des choses dont on ne peut pas être cause, « l'impossible, comme l'a dit v. Bar est, impossible à vouloir. » Dans la seconde édition de son manuel v. Liszt mettait cette idée tout particulièrement en évidence en définissant l'intention « la représentation de la causalité du fait. »

Nous avons ainsi précisé la notion de volition. C'est l'état de conscience qui résulte de la lutte des sentiments éveillés par les représentations (lutte dont le caractère est l'arbitre) et qui se caractérise par l'effort vers un but déterminé accompagné de la représentation de la causalité.

Voyons à présent ce qui est compris dans cette volonté, ce qui est voulu.

Nous ne reviendrons pas sur l'examen de la théorie qui borne le domaine de la volonté aux mouvements du corps, nous nous sommes suffisamment expliqués sur ce sujet (1).

Pourtant la volonté concrète doit avoir forcément un contenu, sans cela elle n'est qu'une pure forme. Ce contenu lui est fourni par la représentation (2).

C'est d'abord la représentation du changement à produire dans le monde extérieur, qui doit faire disparaître le sentiment désagréable (ou procurer le sentiment agréable), dont l'existence a été l'origine du processus psychologique qui aboutit à l'acte ; le résultat recherché

(1) V. ci-dessus, p. 31 sq.

(2) Cf. Janet, *op. cit.*, p. 30.

comme devant procurer la satisfaction de l'agent, parce que sa représentation a concordé avec l'ensemble du caractère de l'agent. Cette représentation pouvant se présenter d'elle-même à la pensée, ou nécessiter de longues recherches et un travail d'association d'idées considérable de la part de l'agent. C'est une représentation qui donne à la volition sa direction et sa force, c'est vers sa réalisation que tend l'effort, il faut donc l'indiquer en première ligne comme voulue.

Peu importe d'ailleurs, que ce résultat poursuivi, soit plus ou moins vraisemblable ; on peut aussi bien tendre à réaliser quelque chose, dont la nécessité apparaît comme peu probable que ce qui semble être en notre pouvoir immédiat. « Précisément l'in vraisemblance qu'il y a d'atteindre le but, peut révéler l'intensité considérable de l'effort (1) » de la volonté. Et c'est là, entr'autres, une raison de juger fausses, les théories qui prétendent faire dépendre l'existence de l'intention du degré de vraisemblance du résultat.

C'est là le cas le plus net d'intention, celui au sujet duquel aucune contestation ne semble devoir s'élever. Mais ce n'est pas le seul cas où elle existe.

Ce résultat auquel tend directement la volonté de l'agent, ne pourra pas le plus souvent, être atteint immédiatement, sa réalisation supposera l'emploi de moyens divers, en nombre plus ou moins considérable. Par exemple, certaines escroqueries nécessiteront toute une série d'opérations destinées à attirer la confiance et l'argent du

(1) Von Bar, *op. cit.*, § 161.

public ; le voyage que je veux entreprendre nécessite que je me rende à la gare, que j'y prenne un billet, que je monte dans le wagon, etc.

Ces moyens choisis pour atteindre le résultat poursuivi, peuvent fort bien en eux-mêmes, être désagréables à l'agent, mais ils n'en seront pas moins voulus, non pas, il est vrai, pour eux-mêmes, mais en tant que conditions nécessaires pour arriver au but agréable souhaité. Qui veut la fin est obligé d'en vouloir les moyens.

Bien considéré ce sera presque toujours le cas : cela est clair pour les infractions pénales. Presque jamais le criminel ne commet le crime pour le crime même, mais comme moyen d'arriver à un résultat indifférent en droit ; s'il avait pu l'atteindre d'une autre manière et aussi facilement, il n'aurait pas commis le crime. Même dans les actes licites, toujours le résultat cherché ne l'est que pour satisfaire un sentiment et c'est pourquoi il peut être lui-même pénible à l'agent, ou peut chercher sa satisfaction même dans une douleur, ou plus exactement au prix d'une douleur. En somme, tous les résultats sont des moyens qui se conditionnent les uns les autres en une série longue ou brève pour aboutir à la satisfaction d'un sentiment ; peu importe donc pour l'existence de l'intention que leur poursuite soit accompagnée du sentiment immédiat de plaisir ou de déplaisir. Ce qui importe seul, c'est de savoir si l'agent a tendu son effort sur leur production, s'il les a voulus.

Mais si c'est là le cas le plus fréquent où existe l'intention, ce n'est pas le seul : Une activité entreprise pour amener un résultat, peut, à côté de celui-ci, en produire

d'autres, lesquels de ceux-ci pourront être considérés comme causés intentionnellement ?

Nous ferons la même réponse que plus haut : ceux qui auront été voulus par l'agent.

Précisons ; nous écartons par là tous les résultats que l'agent n'a pas prévus, même s'il eût pu et dû les prévoir, quelque grossière que fût cette imprévoyance. Le présumptueux qui se vante de couper d'une balle le cigare qu'une personne tient à la bouche et qui la tue ou la blesse, n'a pas agi intentionnellement parce qu'il n'a même pas prévu la possibilité de manquer son coup. « Non scire quod scire debemus et possumus culpa est. » Mais au contraire, le résultat qui apparaît à l'agent comme devant découler nécessairement de l'action qu'il entreprend, comme lié nécessairement avec celui qu'il veut produire, est nécessairement voulu lui aussi. L'exemple suivant est classique en notre matière : A veut épouser la charmante B ; il ne peut pas ne pas vouloir par là devenir le gendre de la mère de B, même si cette perspective lui est profondément désagréable (1). En somme, le résultat lié nécessairement avec celui que l'on s'efforce de réaliser n'en est que l'autre face, on ne peut pas ne pas le vouloir dans son ensemble si l'on en veut une partie, toutes les deux seront amenées intentionnellement. Ce cas est du reste très analogue à celui visé précédemment d'un résultat voulu en tant que moyen d'arriver au but désiré.

(1) La pratique en offre un exemple au cas de dénonciation d'un délit imaginaire. Si l'agent a prévu que sa dénonciation couvrirait nécessairement de ridicule l'autorité à laquelle il l'a adressée, il se rend coupable du délit d'outrage. V. surt. Poitiers, 1^{er} juillet 1883. S. 84.2.2, qui s'efforce d'établir que l'agent a prévu que *nécessairement* son acte aurait ce résultat.

Pourtant il ne faut pas borner ceci au cas d'une liaison logiquement nécessaire des résultats ; ici comme ailleurs c'est la représentation de l'agent qui décidera et souvent il aura prévu comme devant nécessairement être causé par son action un résultat qu'en logique pure il ne serait pas impossible d'en séparer. L'armateur qui installe dans le navire assuré bien au-delà de sa valeur, une machine explosible qui doit le faire couler en pleine mer, considère comme certain que par là il entraînera la mort de l'équipage, quoiqu'il n'y aie aucune contradiction logique à concevoir le contraire.

Von Bar, avec les conclusions de qui nous sommes restés jusqu'ici en accord, déclare à ce sujet : « On doit prendre ici la notion de nécessité dans le sens de la vie ordinaire pour les cas dans lesquels la non entrée du résultat accessoire ou du résultat postérieur est quelque chose de si incroyable, de si inaccoutumé que n'importe quel homme raisonnable ne comptera pas là-dessus (1). »

Nous préférons notre formule à cette dernière, car von Bar semble (au moins dans la forme) abandonner l'examen de la représentation que s'est réellement faite l'agent pour celle que l'homme raisonnable, en pratique le juge, se serait faite à sa place et qui peut être différente. Ainsi von Bar donne l'exemple suivant : « quelqu'un pour montrer son adresse tire sur un chien ne lui appartenant pas qui court au loin. Peut-il, s'il tue ou blesse ce chien s'exonérer de l'accusation de dommage causé aux choses (punissable seulement au cas de dol) en disant qu'il avait espéré

(1) *Op. cit.*, § 163.

que, s'il l'atteignait, le chien n'éprouverait qu'un sentiment de douleur., mais ne serait pas vraiment blessé ? *In abstracto* ce résultat limité est possible, mais dans le sens de la vie pratique... il ne peut y avoir aucune libération des suites d'une action si l'espoir en leur non arrivée doit être considéré comme une futilité enfantine. » Mais il n'est pas impossible que l'agent ait eu cet espoir futile de croire que le résultat accessoire pourrait être évité, et cela suffit pour qu'il ne lui soit pas imputable à dol. Sans doute le juge ne se laissera pas facilement persuader que l'agent a eu en réalité une croyance si peu raisonnable, mais cela a trait uniquement à la question de preuve. Pour ce qui est de l'existence même de l'intention « ce n'est pas le rapport objectif réel qu'il faut considérer, mais l'image souvent inexacte que l'agent se fait de ce rapport et d'après laquelle seule se dirige la volonté », ainsi que l'a fort bien dit von Bar lui-même à un autre endroit (1).

Tels sont les cas où existe l'intention, nous croyons que ce sont aussi les seuls, le dol ne peut pas être constitué par la prévision comme simplement possible d'un résultat auquel ne tendait pas l'effort de l'agent. C'est en effet là, la seule hypothèse concevable que nous n'ayons pas encore examinée : nous avons vu que le résultat non prévu ne peut pas être imputé comme amené intentionnellement ; et considéré comme intentionnel le résultat sur lequel était dirigé l'effort de l'agent et celui qu'il prévoyait comme devant nécessairement résulter de l'activité qu'il entreprenait. D'un autre côté nous avons indiqué pourquoi entre

(1) *Loc. cit.*, § 163 *in fine*.

la prévision comme nécessaire et la prévision comme possible, il n'y avait pas place pour d'autres sortes de prévision.

Ce dernier groupe d'hypothèses renfermerait cependant d'après un grand nombre d'auteurs à côté des cas d'imprudence consciente, des cas dans lesquels se rencontrerait l'intention et qui formeraient la matière du dol dit éventuel (1). Après les indications que nous avons données sur ce point à propos des théories allemandes actuelles, nous pourrions nous contenter ici d'être forts brefs.

Remarquons d'abord que les théories de la représentation doivent forcément admettre qu'il y a des prévisions comme possibles qui fondent l'intention ; cela est certain l'intention ne pouvant être limitée au cas de prévision comme nécessaire. Mais nous avons vu qu'aucune des tentatives faites pour préciser les conditions sous lesquelles la prévision comme possible doit être considérée comme constitutive de l'intention, ne pouvait être admise. Pour nous, nous croyons avoir résolu la difficulté d'une façon satisfaisante par avance : les résultats prévus comme possibles sont amenés intentionnellement lorsque l'agent a dirigé son effort, sa volonté sur leur production.

Nous pourrions nous borner à cette constatation si seuls les partisans de la théorie de la représentation avaient soutenu l'idée de dol éventuel, mais beaucoup d'auteurs, défenseurs de la théorie de la volonté, von Hippel par exemple, après être arrivés aux mêmes conclusions que nous, sont d'avis que la matière de l'intention n'est pas

(1) Sur le dol éventuel voyez la thèse de M. R. Duval (Paris 1900) dont nous n'admettons pas du reste les conclusions.

complètement épuisée par là : il y aurait des résultats sur lesquels n'était par dirigé l'effort de l'agent (autrement en effet il y aurait dol direct), qui n'étaient pas dans sa pensée une suite nécessaire de l'activité qu'il entreprenait, et qui pourtant seraient voulus, seraient amenés intentionnellement. La question ne peut donc se poser que de la façon suivante (1). L'agent tend à un résultat déterminé, il prévoit qu'un autre résultat pourrait être lié (mais non nécessairement) avec celui qu'il poursuit, et agit malgré cette prévision. Ce résultat accessoire, s'il se produit, devra-t-il être considéré comme amené intentionnellement et dans quels cas? On a en effet renoncé à la théorie de von Almendingen d'après laquelle tout résultat prévu était produit intentionnellement s'il se réalisait. Les critères de distinction que l'on donne sont assez imprécis pour la plupart : il faut que l'agent ait approuvé d'avance ce résultat, qu'il l'ait admis dans sa volonté pour le cas où il se produirait, qu'il ait adhéré à la représentation de ce résultat, etc.

Mais ce qu'il faut entendre par là on ne le fixe pas d'une manière plus précise, on ne cherche pas à justifier la possibilité d'une telle volonté conditionnelle. Or cela nous paraît impossible ; en somme on aboutit à ceci : Je ne veux pas produire tel résultat, mais s'il arrive alors je l'aurai voulu, ce qui est logiquement inadmissible.

La vérité, c'est que l'on confond ici l'intention avec la mise en danger consciente, ce qui est pourtant très diffé-

(1) Par là nous répondons au reproche adressé par Kriegsmann à v. Bar : comme celui-ci nous posons ainsi la question parce qu'il est impossible de la poser autrement. *Zeitschrift f. dg. StrRW.*, t. XXIX, p. 515.

rent. Une preuve s'en trouve dans ce fait qu'on considère en général que la question ne se pose que lorsque le résultat se produit réellement.

L'incertitude de la notion de dol éventuel résulte encore des divergences qui séparent ses partisans dans la solution des cas particuliers ; à ce point de vue le rapprochement des deux rapports présentés au Congrès de Posen en 1898, l'un par le conseiller Stenglein et l'autre par von Liszt (1). Celui-ci fait une critique sévère de la jurisprudence que l'autre rapporteur approuve complètement même lorsqu'elle considère le *putare debuit* comme constitutif de l'intention (arrêts Bading-Liebknrecht (2). Quant à l'ordre du jour voté par le Congrès, les termes en sont tellement souples que toutes les théories du dol éventuel peuvent s'en prévaloir et même ses adversaires (3) : « Le résultat d'une action sur lequel la volonté de l'agent n'est pas directement dirigée mais qu'il savait possible, doit pénalement être imputé à l'agent comme causé intentionnellement s'il voulait l'action même pour le cas où elle aurait ce résultat. »

Les théories du dol éventuel impuissantes à donner en pratique des solutions satisfaisantes le sont aussi lorsqu'il s'agit de donner une définition théorique et de la justifier ;

(1) V. *Verhandlungen des XXIVen deutschen Juristentages*, t. I, p. 90 sq. 107 sq. et les débats, t. IV. p. 270 sq.

(2) Ce cas est particulièrement intéressant, Liebknrecht était accusé d'avoir commis dans un écrit un crime de lèse majesté ; il était pourtant établi que tel n'était pas son but, bien plus qu'il avait choisi avec soin ses expressions pour l'éviter. Il fut condamné sur ce fondement : qu'il aurait dû compter avec la possibilité que les lecteurs interprétaient néanmoins ses phrases dans le sens d'une atteinte à la majesté. Rapport de V. Liszt. p. 127.

(3) Par ex. V. Bar § 172.

en outre elles sont dangereuses au plus haut point, comme on peut s'en rendre compte par les applications qu'en fait la jurisprudence allemande (1). Il faut bien se rendre compte en effet de la transformation qui s'est produite dans la conception du dol éventuel. A l'origine et jusqu'au xix^e siècle on exigeait comme nécessaire le *versari in re illicita*, toutes les suites directes d'un délit étaient imputées à l'agent sans égard à ses pensées réelles. A présent on s'attache à l'état d'âme (prévision comme possible ou volonté éventuelle) de l'agent, mais on a supprimé la condition du *versari in re illicita*, le résultat délictueux prévu par l'agent peut lui être imputé sous certaines conditions même s'il résulte d'une activité licite. Nous avons vu en critiquant la formule de Frank à quelles conséquences de telles théories peuvent aboutir.

En France heureusement, l'idée de dol éventuel n'a pas eu le même succès qu'en Allemagne ; le terrain sur lequel elle menaçait de s'établir, celui des coups et blessures ayant entraîné la mort lui a échappé par suite de la nouvelle rédaction des articles 309 et suivants en 1832 et 1863 ; à présent on n'en trouve aucune application en jurisprudence. Quant aux dispositions législatives que M. Duval (2) indique comme des applications de la théorie du dol éventuel, ce sont uniquement des cas dans lesquels on aggrave la peine d'un délit dont les conséquences ont dépassé la volonté de l'agent, pour des raisons purement matérielles.

Tout au contraire ces dispositions mettent les théoriciens du dol éventuel dans une situation difficile, car si le dol

(1) V. *Verhandlungen des 24en deutschen Juristentages*, t. 1, p. 116 sq.

(2) *Le dol éventuel*, thèse Paris, 1900.

éventuel devait s'appliquer quelque part, ce serait bien le cas pour ces délits dont l'exclut le législateur.

Il ne faut pas confondre avec le dol éventuel un cas un peu spécial où existe l'intention : celui qu'on a appelé parfois dol indéterminé (1). Voici ce qu'on entend par là, l'agent entreprend un acte voulant qu'il produise un résultat criminel, mais il n'en peut fixer d'avance l'étendue : par exemple un anarchiste lance une bombe dans une foule, il veut qu'il y ait des morts et des blessés, mais il ne peut en fixer le nombre ni les individualiser par avance ; ou bien, un armateur saborde un navire de manière à le faire couler en pleine mer sachant que dans le naufrage périront certainement des matelots. Dans ces deux cas l'agent a l'intention directe de causer la mort, soit parce qu'il tendait à ce résultat soit parce qu'il le considérait comme la conséquence nécessaire de son action. Il y a ici au contraire de ce qui a lieu pour le dol éventuel, volonté d'obtenir un résultat déterminé dans sa nature, tout ce qu'il y a d'indéterminé, c'est l'individualité des victimes, ce n'est plus d'une mise en danger consciente qu'il s'agit ici, mais bien d'une intention véritable. Du reste l'intérêt pratique d'une construction plus subtile est à peu près nul : la peine restera la même, que le résultat soit plus ou moins étendu et la législation en vigueur a, par une disposition spéciale, rendu inutile toute discussion au sujet du cas le plus pratique d'intention indéterminée : celui des attentats anarchistes.

Nous croyons donc pouvoir poser cette conclusion qu'il

(1) Ainsi Molinier, *Traité de droit pénal*, II, p. 102.

est nécessaire et suffisant pour qu'un résultat doive être considéré comme amené intentionnellement que ce résultat soit voulu ; c'est-à-dire que l'agent ait fait effort pour le réaliser ou qu'il l'ait considéré comme une conséquence nécessaire de l'activité qu'il entreprenait. Peu importe que ce résultat fut recherché pour lui même ou comme un moyen pour arriver à un résultat plus lointain, ces considérations rentrent sous la notion de but, de mobiles ; peu importe aussi qu'en lui même le résultat fut agréable ou non à l'agent ou, dans la première hypothèse, que celui-ci considérât sa réalisation comme plus ou moins vraisemblable.

Mais la notion de vouloir du résultat si elle est la plus délicate et la plus importante n'épuise pas à elle seule la notion d'intention. La portée d'une action est souvent déterminée par les circonstances dans lesquelles elle se produit, circonstances déjà existantes et que par suite il est impossible de vouloir. La loi pénale en particulier fait souvent dépendre la peine, ou l'aggravation de la peine, de telles circonstances préexistantes ; par exemple de la qualité de la personne attaquée, dans l'article 209, de celle d'ascendant (art. 299.302), de femme mariée (art. 336 et sq) etc.

A leur égard l'agent peut se trouver seulement dans deux situations : ou bien il les connaît ou bien il ne les connaît pas ; il est clair que dans cette dernière hypothèse l'action entreprise aura une physionomie toute différente de celle qu'elle aurait eue dans le cas contraire, que l'acte ne peut être sainement apprécié que si l'on prend en considération la connaissance qu'avait l'agent de ces circonstances.

C'est là un point trop souvent négligé par les auteurs allemands qui n'y font que de brèves allusions, lorsqu'ils en parlent, et que M. Garçon a mis tout particulièrement en lumière, avec juste raison.

La connaissance des circonstances de fait préexistantes à l'acte, sans lesquelles il est impossible de lui assigner son véritable caractère, est un élément constitutif de l'intention.

Quelles sont ces circonstances ? il est impossible de le dire par avance d'une façon générale ; pour les actes qui tombent sous le coup des dispositions du Code pénal, ce sera celles que la loi mentionne dans la définition qu'elle donne du délit, celles qui forment avec le résultat les éléments constitutifs de chaque délit (1).

Ici comme au sujet de la volonté du résultat nous n'admettons pas l'idée de dol éventuel : nous croyons que la connaissance nécessaire pour qu'existe l'intention est une connaissance ferme et qu'un simple doute au sujet de leur existence est insuffisant (2). Les formules proposées par les partisans du dol éventuel ne sont pas plus satisfaisantes appliquées à la connaissance des éléments constitutifs du délit qu'à la volonté du résultat (3).

Nous arrivons donc à la définition suivante : L'intention

(1) Il faut remarquer que dans certains cas la loi semble se contenter de l'existence matérielle de certaines circonstances sans égard pour l'opinion que l'agent s'était faite à leur sujet. Par ex. : la circonstance de maisons servant à l'habitation dans l'incendie.

(2) Le juge supérieur Huter et quoiqu'adversaire du dol éventuel, d'un avis contraire basé sur le texte de l'article 59 du code allemand. V. *Über den Vorsatz, Gerichtsaal*, t. LVI, p. 241 sq.

(3) Sur l'erreur de fait, dont nous ne parlerons pas ici et la distinction entre *l'aberratio ictus* et *l'error in objecto*. V. V. Bar, *op. cit.*, § 186 sq.

c'est la volonté (d'être cause) d'un résultat accompagnée de la connaissance des circonstances préexistantes qui influent sur son caractère.

Et plus particulièrement en matière pénale : l'intention c'est la volonté de produire le résultat incriminé par la loi accompagnée de la connaissance des circonstances énumérées par elle comme autres éléments constitutifs du délit.

Nous croyons que cette conception, qui ne nous semble pas être contredite par les données actuelles de la psychologie, a l'avantage d'être conforme au langage courant et au sentiment populaire, ce qui est d'une certaine importance lorsqu'il s'agit non pas de conceptions purement théoriques, mais de définitions destinées à une application quotidienne.

Nous pensons que notre définition doit s'appliquer à tous les délits, et l'établissement d'une intention plus spéciale ne nous paraît nécessaire en aucun cas. Les auteurs français indiquent pourtant presque tous que souvent « la loi exige que le fait matériel ait été perpétré sous certaines conditions de fraude, de méchanceté, de malice » (1) par exemple dans la diffamation, l'escroquerie, etc. La jurisprudence semble leur donner raison en exigeant comme élément constitutif de certains délits l'intention *de nuire*.

Nous ne croyons pas que cette conception soit exacte : dire qu'on exige dans certains délits une intention spéciale, c'est dire qu'on exige quelque chose de plus que

(1) Garçon, *Code pénal annoté*, art. 1, n° 79.

l'intention ; que l'agent ait été guidé par certains mobiles et c'est bien là le sens de la formule citée plus haut : la fraude, la méchanceté, la malice sont des sentiments bien différents du moment psychologique en quelque sorte sans couleur qu'est l'intention. Une telle exigence n'est pas inconcevable ; certains codes font certainement appel à cette idée pour graduer la peine (1) mais notre code pénal ne contient à notre avis rien de semblable, il se borne dans les cas à indiquer comme éléments constitutifs du délit un résultat lésionnaire (diffamation) ou l'emploi de certains moyens considérés comme particulièrement dangereux (escroquerie) mais l'intention exigée est l'intention ordinaire ou plutôt l'intention tout court, car nous ne croyons pas qu'elle soit susceptible de variétés ; elle peut seulement être ou ne pas être ; du reste la jurisprudence, bien qu'elle emploie une formule défectueuse que M. Villey a critiquée avec raison en en montrant le danger (2), est certainement dans le sens (3) que nous indiquons.

(1) V. Avant-projet suisse, art. 50 et les réserves formulées par M. Saleilles sur cette conception, *op. cit.*, p. 222.

(2) Note au Sirey, 1887, I. 137.

(3) Voyez par exemple : Cassation, 1^{er} février 1902. B. 50 (escroquerie). Cass., 10 juillet 1903. D. 01, I, 446 ; 23 décembre 1908. B. 524 ; Dijon, 9 mars 1901, D. 01, 2-462 et 20 janvier 1909. D. 09, 2, 504 (diffamation).

TROISIÈME PARTIE

L'intention comme élément d'imputabilité

Nous avons essayé d'établir la nature et les limites de l'intention en en donnant une définition précise. C'était là le but principal de nos recherches, mais il nous reste encore à déterminer l'importance qu'il est rationnel d'accorder à cet élément dans l'imputabilité, et à voir celle qui lui est accordée par les législations positives, particulièrement par notre code pénal.

Beaucoup d'auteurs, par exemple Ortolan, considèrent qu'en principe ce n'est pas dans le calcul de la responsabilité qu'il faut prendre en considération l'existence ou l'absence d'intention mais dans celle de la culpabilité, de la mesure de la peine, question qu'elle domine d'ailleurs car il est incontestable que la faute intentionnelle est infiniment plus grave que la faute de négligence, celle-ci pouvant même tellement s'affaiblir, suivant les circonstances, qu'elle ne légitime plus, dans une bonne législation, l'application d'une peine publique.

(1) *Eléments de droit pénal*, n^{os} 252 sq.

Cette dernière considération indique qu'il y a peut-être confusion dans la position de la question : ce qu'il s'agit de décider, ce n'est pas de savoir si l'intention au contraire de l'imprudence, renferme seule une faute, cela personne ne le soutient ; mais si la faute intentionnelle n'est pas d'une *nature* différente de celle de la faute de négligence ou d'imprudence, et non seulement d'un *degré d'intensité* différent, et si cette diversité de nature est suffisante pour y faire voir la forme fondamentale de la faute pénale, la seule qu'en principe ou doive prendre en considération.

A la question ainsi posée nous n'hésitons pas à répondre affirmativement.

Il faut pourtant remarquer que la solution donnée sur ce point dépend, au moins en partie, de la conception que l'on se fait du fondement de la répression pénale.

Ainsi la question ne se pose même pas dans les systèmes primitifs basés sur l'idée de vengeance aveugle.

Dans les théories classiques qui font reposer la légitimité de la peine sur les idées d'expiation et d'exemplarité, la question de savoir si le délit a été commis intentionnellement ou non est d'une importance tout à fait capitale.

Au cas d'imprudence la douleur, causée par la production même du résultat, constituera une expiation suffisante, d'un autre côté la condamnation à des dommages intérêts qui en résultera sera en tous cas une sanction suffisante, qui inclinera pour l'avenir l'agent à plus de circonspection. Seul le crime intentionnel est susceptible d'imitation et l'effet intimidant de la peine ne

(1) Sur le fondement de la peine appliquée au délit d'imprudence, V. Savard, *Le délit d'Imprudence*. Thèse (Paris, 1899).

s'exercera par suite que dans ce cas. L'application d'une peine publique aux délits d'imprudence ne nous semble qu'une survivance de l'idée de vengeance qui se trouve à la base du droit pénal primitif. Il faut peut-être faire des réserves au sujet de l'imprudence consciente, de ce que l'on a parfois appelé l'intention de mise en danger, mais l'examen de cette question nous entraînerait trop en dehors de notre sujet (1).

Même pour les théories qui font reposer le droit de punir sur le droit de la société à se défendre, la considération de l'intention doit être prédominante. Comme nous l'avons vu, c'est dans l'action intentionnelle seule que se révèle avec certitude le caractère de l'agent, sa témibilité.

Nous croyons donc, surtout en partant des principes qui donnent les législations positives actuelles, qu'en principe seule la faute intentionnelle doit fonder l'imputabilité pénale, sauf à examiner si dans certains cas exceptionnels, la nature de la faute d'imprudence et non la gravité de ses résultats, ne peut pas légitimer l'application d'une peine publique.

Cette idée que, sauf exceptions, seuls les délits commis intentionnellement sont punissables, est admise expressément par un assez grand nombre de codes. Ainsi le code autrichien de 1813 énonce dans son article 1^{er} « Pour qu'il y ait délit il faut nécessairement qu'il y ait intention criminelle (2). »

(1) V. sur ce point Oskar Busch. *Gefahr und Gefährdungsvorsatz*. Leipzig. 1897 et Stoos *Dolus eventualis und Gefährdung* Zeitschrift. f. d. g. strRW t. XV, p. 199.

(2) L'intention est d'ailleurs comprise très largement par la jurisprudence

L'avant-projet du code fédéral suisse, article 11 déclare : « Est punissable quiconque a commis intentionnellement un délit et, dans les cas prévus par la loi, quiconque l'a commis par négligence. »

L'article 40 du code norvégien de 1902 a la même signification « quiconque n'a pas agi de propos délibéré ne tombe pas sous le coup des dispositions pénales de la présente loi à moins qu'il ne soit *expressément* spécifié ou *incontestablement* admis que la négligence elle-même soit coupable. »

Il n'existe en France aucun texte de ce genre. Mais il fut entendu lorsqu'on décida la suppression de la question intentionnelle posée au jury en vertu des lois de la période intermédiaire, que l'intention restait une condition nécessaire à l'imputabilité des crimes et des délits ; et Riboud remarquait que le code pénal faisait une mention expresse de cette exigence par l'insertion dans de nombreux articles des mots, avoir agi sciemment, volontairement, etc. (1).

Actuellement la thèse soutenue par la grande majorité de la doctrine et affirmée par la jurisprudence est la suivante : Pour les crimes et les délits proprement dits, leur commission intentionnelle seule est punissable à moins d'une exception expressément spécifiée dans la loi ou résultant implicitement de la nature même ou de la définition du délit. Pour les contraventions à l'opposé, la règle est en sens inverse ; en principe l'intention n'y vient pas

autrichienne : v. Bar, *op. cit.*, § 146, n. 10 et Ullmann. *Auständische Rundschau Österreich* § 3 *Zeitschrift. d. g. StrRW.*, t. IX, p. 307.

(1) Locré, t. XXIX, p. 281.

en considération, mais le contraire peut résulter de la nature de la contravention (1). On a même dit que dans les contraventions la commission matérielle du fait était suffisante. Cette formule visiblement exagérée est à présent universellement condamnée (2).

La première partie de la règle est incontestable dans son principe, mais on pourrait critiquer la légitimité de certaines exceptions admises par la jurisprudence qui n'ont été admises que par suite d'une conception imprécise de l'intention (3), croyons-nous.

Si la seconde partie de la règle soulève peu de contestations, nous croyons pourtant qu'elle ne s'impose pas avec la force de l'évidence; et que c'est avec raison que M. le professeur Le Poittevin (4) l'a critiquée. On peut d'abord remarquer que cette règle manque de bases rationnelles. On dit parfois que les contraventions étant constituées en général par la transgression de simples ordres ou de simples interdictions, la question d'intention ne peut pas se poser à leur égard. C'est là un raisonnement semblable à celui que soutient M. Villey au sujet des délits qui ne consistent pas en un certain mal causé aux personnes ou aux choses; nous avons montré ce qu'il y avait de faux dans cette conception, si nos développements sur ce point sont exacts, l'essai de justification précédent tombe par là même.

(1) Voyez par exemple, Cass., 29 septembre 1904. B. 427. Cass. 5 fév. 1909, *Journal des Parquets*, 1909, p. 66.

(2) V. Laborde, « De l'élément moral dans les infractions non intentionnelles. » *Revue critique*, 1885, p. 261.

(3) C'est croyons nous le cas pour le délit d'outrage public à la pudeur.

(4) Note au Sirey, sous Cass., 6 nov. 1896. S. 98, 1, 153.

La question d'intention peut donc se poser ici comme dans toute autre infraction pénale, il faudrait dès lors expliquer pourquoi, au contraire de ce qui a eu lieu pour les crimes et les délits, elle ne doit pas être examinée à propos de contraventions, puisque la différence entre celles-ci et ceux-là tient uniquement à la gravité des peines appliquées et non à une diversité de nature. D'ailleurs, comme le remarque M. Le Poittevin, certaines contraventions au cas de récidive deviennent des délits, c'est même là une tendance marquée dans la législation actuelle, faudra-t-il donc traiter différemment au point de vue de l'importance de l'intention la première infraction et les suivantes, être moins rigoureux pour celles-ci que pour celle-là ?

Ce qui est vrai, c'est que beaucoup de contraventions sont punissables, même au cas de simple faute de négligence ou d'imprudence, par suite de dispositions formelles de la loi (1). En outre dans presque tous les autres cas on se borne à interdire ou à ordonner un acte dans certaines circonstances. Ici nous croyons que l'intention est nécessaire mais le plus souvent *en fait* son existence sera tellement certaine que la question ne se posera même pas. En effet comme il n'y a ordinairement aucun résultat incriminé l'intention se bornera à la connaissance par l'agent des éléments constitutifs de la contravention, connaissance qui existera presque toujours, mais qui pourra disparaître par suite d'une erreur de fait ; par exemple dans le cas de l'article 471, § 13 l'agent a pu se croire propriétaire du

(1) Voyez entr'autres, art. 471, §§ 1, 3, 4, 5, 8. — Art. 475 §§ 2, 12. — Art. 479 §§ 3, 4, etc.

terrain sur lequel il passait ou bénéficiaire d'une servitude de passage; dans le cas de la loi du 8 août 1893 l'employeur a pu croire que la personne à son service était française, etc. Dans ces cas l'intention fera défaut et la contravention n'existera pas.

Il faut remarquer qu'ici comme ailleurs la question de la connaissance de la disposition pénale violée n'a rien de commun avec celle de l'intention, or c'est souvent sur l'ignorance de la loi que se basent les jugements pour nier l'existence de l'intention, ou ce qui est la même chose, pour affirmer la bonne foi de l'agent et le relaxer; la Cour de Cassation qui admet que l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi pénale est irrélèvanle est forcément amenée à casser de tels jugements, et l'on en conclut à tort, croyons-nous, qu'elle refuse de prendre en considération l'intention dans ces cas. Nous pensons au contraire qu'il ne serait pas impossible de montrer qu'au fond il en est tout autrement et qu'elle n'hésite pas à admettre l'acquittement du coupable, lorsqu'une erreur de fait détruit l'intention au sens technique du mot (1).

Nous conclurons donc que c'est à juste titre que l'intention est, en règle générale, une condition d'imputabilité même à l'égard des contraventions, et que les exceptions ne doivent être admises qu'avec la plus grande circonspection et, en législation ne viser que les cas d'imprudence consciente (2).

(1) L'arrêt du 5 nov. 1896, précité montre bien que les termes employés par les arrêts ne répondent pas toujours à la véritable pensée des magistrats. Ici encore la notion d'intention « coupable » a eu une mauvaise influence.

(2) Il existe actuellement semble-t-il une tendance en ce sens. V. O. Busch et Stoos, *op. cit.*, et Löffler *die Schuldformen des Strafrechts*,

QUATRIÈME PARTIE

La preuve et la constatation judiciaire de l'intention

La question de la preuve de l'intention se relie étroitement à celle de la nature et de l'existence de l'intention, aussi notre travail ne serait-il pas complet, si nous ne jetions pas un coup d'œil rapide sur cette matière. Nous avons signalé à diverses reprises l'influence qu'elle avait eue sur le fond même du problème, particulièrement sur la création de la catégorie du dol éventuel, et vu qu'actuellement encore certains systèmes étaient viciés par suite d'une confusion entre les deux questions.

Cette influence et ces confusions seront plus évidentes après l'examen que nous abordons de la preuve et de l'établissement de l'intention.

Disons d'abord un mot au sujet de la charge de la preuve. Pour l'intention comme pour tous les autres éléments constitutifs d'une infraction pénale quelconque, c'est au ministère public à faire la preuve de leur existence ; jamais l'accusé ne peut-être censé avoir agi intentionnellement jusqu'à ce qu'il fasse la preuve du contraire. Sans

doute il peut apporter cette preuve, mais ce n'est jamais là pour lui qu'une faculté et non une obligation. Nous n'aurions même pas rappelé ce principe universellement admis en droit pénal si les formules des arrêts à propos de certains délits ne présentaient une certaine ambiguïté. Particulièrement en matière de diffamation les décisions judiciaires déclarent que les imputations diffamatoires « sont réputées de droit faites avec une intention coupable, mais que cette présomption légale qui ne serait pas détruite par une affirmation contraire, peut disparaître en présence de faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi des prévenus (1). »

Cela peut s'entendre de deux manières : La cour de Cassation qui doit vérifier si c'est bien exactement que les juges ont défini l'intention, peut par là exiger que ceux-ci mentionnent expressément les raisons pour lesquelles ils nient cet élément constitutif du délit, ce qui ne peut résulter d'une simple négation, une fois la matérialité du fait admise, car il est exact que le plus souvent l'agent, qui aura tenu des propos ou écrit des articles portant atteinte à l'honneur ou à la considération de quelqu'un, aura voulu lui causer un préjudice ou se sera rendu compte que nécessairement il causerait un préjudice à la personne visée ; le relaxer sur la simple affirmation que son intention n'est pas établie, ce serait enlever à la cour suprême les moyens de contrôler l'exactitude de la solution donnée.

Ainsi entendue comme se rattachant à la théorie des motifs, l'affirmation de la cour de Cassation est tout à fait

(1) V: Cass., 25 avril 1885. S. 87, 1, 137. — 24 août 1894. S. 96, 1, 201

exacte. Mais on peut l'entendre d'une autre manière toute différente. La poursuite n'aurait qu'à établir le fait matériel du délit de diffamation, l'intention serait présumée en vertu d'une présomption légale et cette présomption ne tomberait que devant la preuve du contraire faite *par l'accusé* ; c'est ce que dit un arrêt récent qui complète ainsi la formule courante des arrêts précédents. « Attendu que les imputations diffamatoires... sont réputées de droit faites avec une intention coupable, que si cette présomption peut être combattue par des circonstances particulières, c'est au prévenu qu'en incombe la preuve. » (1)

Une telle présomption, un tel renversement de la charge de la preuve nous paraît contraire aux principes les plus certains du droit pénal, et nous ne croyons pas que si la question se posait nettement de savoir à qui incombe la charge de la preuve, la cour de Cassation maintiendrait la formule de l'arrêt de 1903.

Mais si la charge de la preuve incombe toujours à la poursuite, par quels moyens cette preuve sera-t-elle possible ?

Un fait capital domine toute la question : l'intention étant un phénomène purement psychologique, ne peut être perçue directement que de l'agent ; il est donc impossible de la prouver directement, seule la preuve indirecte au moyen de déductions tirées de faits positifs établis est possible.

Donc c'est à des faits matériels, à des rapports objectifs que le juge chargé d'établir l'existence de l'intention, s'at-

(1) Cassation, 10 juillet 1903. D. 04, 1, 446.

tachera parce qu'il n'a pas d'autre moyen plus direct pour arriver à se faire une conviction et cela explique l'erreur que commettent certains théoriciens en voyant dans ces rapports objectifs l'essence même de l'intention, alors qu'ils n'en sont qu'un moyen de démonstration. Particulièrement lorsque l'agent niera avoir prévu que son action aurait tel résultat ou l'aurait d'une manière certaine, le juge, en l'absence de faits significatifs, admettra ou non l'assertion de l'agent d'après la vraisemblance ou l'invraisemblance du rapport causal objectif qui reliait l'acte et le résultat ou plus exactement d'après l'image qu'il se fera de ce résultat (1).

Dans notre cas comme partout ailleurs existe le principe de la libre conviction du juge, il est donc impossible de prévoir et de fixer les différentes circonstances qui, une fois établies, permettront de conclure à l'existence de l'intention : il y a là uniquement une question de fait. La liste des présomptions dressée par Jousse (2) pour permettre de reconnaître si l'intention a présidé au meurtre ne renferme manifestement qu'une faible partie des faits qui pourront servir au juge pour établir sa conviction, faits qui peuvent être antérieurs, concomittants ou postérieurs au délit, n'avoir même avec lui qu'un rapport très éloigné. Le moyen de preuve le plus certain sera ici, plus encore que pour les autres éléments constitutifs, l'aveu de l'agent, et il est à remarquer qu'il ne sera pas rare : souvent en effet

(1) En effet objectivement le rapport causal entre deux faits existe ou n'existe pas ; certitude, possibilité, vraisemblance ne sont que des formes sous lesquelles le sujet connaît l'objectivité. Cf. Frank., *op. cit.*

(2) *Justice criminelle*. t. III, titre xxi, n° 121.

l'inculpé se défendra d'avoir eu une intention mauvaise en comprenant par là le mobile et en avouant sans s'en douter que les moments psychologiques qui constituent l'intention existaient chez lui au moment où il a agi (1).

Toute latitude est donc laissée aux magistrats pour acquérir la preuve de l'intention, pourtant cette preuve ne peut pas reposer sur le simple sentiment, quelle précision doit-elle avoir? Nous croyons que ce problème se confond avec celui de la motivation suffisante des jugements. La conviction du juge doit reposer sur des faits assez précis pour qu'en les exprimant dans sa décision, celle-ci se trouve suffisamment motivée sur ce point. La Cour de Cassation semble d'ailleurs assez peu exigeante. Le juge n'est pas astreint pour formuler sa conviction à employer des expressions sacramentelles et à reproduire les termes de la loi (2). Il suffit même que l'existence de l'intention résulte simplement du rapprochement des constatations de l'arrêt et il n'est pas nécessaire de la viser par des motifs exprès (3). Même il suffit que l'accusé soit reconnu et déclaré « coupable » du délit visé par tel article (4).

On comprend donc que la cour ait rarement à casser des arrêts pour ce fondement et ne soit guère amenée à préciser la notion d'intention puisque d'un autre côté elle reconnaît, avec raison, que la question d'existence de l'intention est une question de pur fait. Mais la définition des éléments constitutifs de l'intention est au premier chef

(1) Voyez par exemple : Cass., 15 juin 1871. D. 71. 1. 363.

(2) Cassation, 28 juillet 1905. B. 377.

(3) Cass., 28 juillet 1905. B. 376.

(4) Cass., 10 août 1893. D. 97, 1, 425. — 15 avril 1899. D. 1901, 1, 230.

une question de droit, et la cour serait dans son rôle en exigeant que la rédaction des arrêts sur ce point, fût assez claire pour lui permettre de vérifier si ce sont bien ces éléments, que les juges du fait ont reconnus et établis.

Malheureusement elle se borne à intervenir lorsque l'appréciation des juges du fait sur ce point est en contradiction avec les faits constatés par les autres attendus de l'arrêt ou avec le caractère légal qui appartient aux circonstances par eux appréciées (1), par exemple lorsque la négation de l'intention est déduite d'une erreur de droit pénal commise par l'agent (2), ou des mobiles qui l'ont guidé (3).

Cet effacement volontaire et, croyons-nous, exagéré de la Cour de Cassation sur la question de l'intention est l'une des principales causes de l'obscurité qui règne en France sur ce sujet.

(1) 3 février 1905. B. 55. — 3 avril 1909. S. 1910. 1. 52.

(2) 14 mai 1852. S. 52, 1, 855. — 8 sept. 1892. S. 93, 1, 109. — 6 mai 1905. B. 221. — 1^{er} juillet 1905. B. 334. — 29 juillet 1909. B. 409.

(3) Au contraire la condamnation peut-être justifiée par l'établissement des mobiles qui ont dirigé l'agent.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
 L. LIARD.

Vu :
Le Président de la thèse,
 A. LE POITTEVIN.

Vu :
Le Doyen,
 P. CAUWES.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION.....	1

PREMIÈRE PARTIE

Développement de la notion d'intention jusqu'au milieu du XIX ^e siècle.....	3
I. — <i>Les temps anciens.</i> — Le règne de la vengeance aveugle. — Apparition de la notion d'intention. — Le droit romain. — Le droit germanique.....	3
II. — <i>Le Moyen-Age.</i> — Les canonistes et la maxime : « Versanti in re illicita. » — Les glossateurs ; restrictions apportées à la maxime	6
III. — <i>Les théories allemandes du début du XIX^e siècle.</i> — La dissertation de Nettelblatt Gläntzer, Feuerbach, v. Almendingen et la notion de représentation. — L'école d'Hegel-Berner. — Bekker, début de la lutte entre les théories de la représentation et de la volonté,.....	10
IV. — <i>Les théories de l'intention en France.</i> — Obscurité dans laquelle est restée cette notion. — Les auteurs du XVIII ^e siècle, Muyart de Vouglans, Jousse. — La législation révolutionnaire et la question intentionnelle. — Mécomptes dont elle est la cause. — Sa disparition dans le Code de procédure civile. — Les auteurs du XIX ^e siècle : Rossi, <i>Ortolan</i> , Molinier, Bertauld,.....	18

DEUXIÈME PARTIE

Les théories modernes de l'intention.....	27
---	----

CHAPITRE PREMIER. — LA THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION. —

<i>Ses origines.</i> — V. Almendingen, Bekker.....	27
--	----

I. — <i>Objections faites aux théories de la volonté.</i> — Le mouvement du corps seul peut être voulu et non le résultat : Bekker, Zittelmann, Frank, von Liszt. — Réfutation de cette opinion.....	31
--	----

II. — <i>Les formules positives de la théorie de la représentation.</i> — V. Almendingen, exagération manifeste de sa thèse. Tentatives faites pour la ramener à des limites raisonnables. — Bekker, imprécision de sa doctrine. — Lucas, Kohler. Essais de limitation fondés sur le degré de vraisemblance de la représentation ; caractère non scientifique de cette distinction ; leur insuffisance. — Löffler. — <i>Théorie et formule de Frank.</i> Critique. Impossibilité de faire la preuve nécessaire de son application. Ses dangers : ce n'est plus un acte, mais le caractère de l'agent qui est incriminé et puni : dangers d'arbitraire ; insoutenabilité des conséquences logiques de la formule de Frank. — V. Liszt. Similitude de sa théorie et de celle de Frank ; retour à l'idée de volonté du résultat.....	39
---	----

CHAPITRE DEUXIÈME. — LES THÉORIES DE LA VOLONTÉ. —

Divergences fondamentales entre les théories rangées sous ce nom. — Bünger. Parenté de sa théorie avec celle de la représentation ; l'intention et la connaissance de l'illégalité ; critiques. — Binding et la théorie de la norme. — Weissenborn. — Von Hippel ; sa tentation pour justifier la formulé de Frank et la rattacher à la théorie de la volonté ; critique. — Von Bar ; condamnation du dol éventuel ; caractère satisfaisant de sa doctrine.....	60
---	----

CHAPITRE TROISIÈME. — LES THÉORIES FRANÇAISES DE L'INTEN-

TION — Obscurité dans laquelle est restée la question. —

Tentatives récentes. — M. Villey. Imprécision de sa conception ; son insuffisance ; retour à la notion d'intention de nuire. — M. Garraud. Divisions subjectives du dol, caractère arbitraire de ces distinctions ; divisions *objectives* ; impossibilité de les admettre ; le dol éventuel ; retour aux théories du Moyen-Age. — M. Garçon. Intention et volonté, intention et motifs ; la connaissance de l'illégalité et la règle *nemo jus ignorare censetur* ; Critiques. — La connaissance des éléments constitutifs du délit, exactitude de cette conception, elle n'épuise pourtant pas la notion d'intention. Volonté ou prévision du résultat ? critique de l'assimilation du *putare debuit* à l'intention.....

78

CHAPITRE QUATRIÈME — ESSAI D'UNE THÉORIE DE L'INTENTION.

— Conclusions qui découlent de l'examen de diverses théories : l'intention est un phénomène purement subjectif. —

Erreur qu'il y a de considérer qu'elle n'a trait au droit pénal, l'intention criminelle, l'intention de nuire ; complète séparation du problème de la nature de l'intention et de celui de la connaissance de l'illégalité. — Nécessité de recherches psychologiques. — Développement intérieur précédant l'acte conscient, sentiments, représentations ; lutte des sentiments. — Quels éléments peuvent servir à fonder l'intention : les sentiments, ils se réfèrent aux mobiles ; les représentations, impossibilité d'établir avec elles seules la limite de l'intention et de l'imprudence. — La volonté. Incertitude de langage ; inutilité de trancher la question du libre arbitre et celle de savoir si elle constitue une faculté primaire. — Distinction faite par les auteurs français entre la volonté et l'intention ; portée de cette distinction. — Caractéristique de la volonté du résultat : l'effort. Les moyens mêmes désagréables pour un résultat désiré, sont voulus ; de même, les suites nécessaires de ce résultat, sens dans lequel il faut prendre cette notion de liaison nécessaire. — Le dol éventuel. Justification de la façon dont nous posons la question. Inadmissibilité du dol éventuel. —

L'intention indéterminée. — La connaissance des éléments constitutifs du délit. — Définitions et conclusions.....	91
---	----

TROISIÈME PARTIE

Importance de l'intention. — Position de la question, critique d'Ortolan. Influence exercée sur la solution par la conception que l'on se fait du fondement de la peine. L'intention est en règle, une condition d'imputabilité. — Dispositions législatives expresses en ce sens. — Le Code pénal français. Distinction faite ordinairement entre les contraventions et les autres infractions pénales ; critiques et réserves.....	123
---	-----

QUATRIÈME PARTIE

Preuve et constatation judiciaire de l'intention. — Liaison de cette question avec celle de la nature de l'intention, et qui incombe la preuve. Critique de la jurisprudence. — Difficulté de la preuve, importance des circonstances matérielles. — La question d'existence de l'intention est une question de fait. — Constatation de l'existence de l'intention ; latitude excessive laissée aux juges du fait. — Rôle effacé que s'attribue la Cour de Cassation ; conséquences regrettables de la position qu'elle a adoptée.....	131
---	-----

